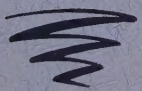
JEAN BASSEGODA
AVOCAT

L'ACTION CIVILE EN PROCÉDURE PÉNALE BERNOISE



L'ACTION CIVILE

EN

PROCÉDURE PÉNALE BERNOISE

THÈSE

PRÉSENTÉE À LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BERNE
POUR L'OBTENTION DU TITRE DE DOCTEUR EN DROIT

PAR

JEAN BASSEGODA
avocat
de Delémont (Berne)

GENÈVE
IMPRIMERIE ATAR, S.A.
—
1943

Sur le préavis de M. le Professeur Dr A. COMMENT, juge fédéral, la faculté de droit de l'Université de Berne a, en date du 25 février 1943, accepté la présente thèse, sans entendre par là exprimer d'opinion sur les idées qui y sont développées.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

A la mémoire de mon père.

A ma mère.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

Bibliographie 8
A. Ouvrages et articles généraux. 8
B. Législation bernoise 10
C. Législation fédérale. 11
D. Droit étranger. 12
E. Revues juridiques 12

Abréviations 13

INTRODUCTION

I. PARTIE GÉNÉRALE

§ 1. *Considérations d'ordre général* 19

§ 2. *Considérations d'ordre historique.* 27
I. Droit ancien 27
II. Droit français 29
III. Droit allemand 31
IV. Droit bernois. 36

§ 3. *Structure et éléments essentiels de l'action civile en procédure pénale française et allemande.* 42
I. Droit français 42
II. Droit allemand 49
III. Parallèle entre l'action civile française et l'action adhésive allemande. 53

II. PARTIE SPÉCIALE

LE DROIT BERNOIS

§ 4. *Généralités* 57

§ 5. *Qui peut intenter une action civile ?* 61
I. Cession 65
II. Subrogation ordinaire et subrogation légale 65
III. Personnes morales 69

Pages

IV. Héritiers 70
V. Masse en faillite 75
VI. Autres cas 81

§ 6. *Qualité pour être partie au procès; capacité d'ester en justice; représentation en justice.* 82
I. Qualité pour être partie au procès 82
II. Capacité d'ester en justice 83
III. Représentation en justice 89

§ 7. *Contre qui l'action civile peut-elle être intentée ?* 93
I. Punissabilité du prévenu et « capacité pénale » . . 93
II. Participants à l'infraction; solidarité passive quant à l'action civile ? 98
III. Légitime défense; état de nécessité 100
IV. Désignation de la personne contre laquelle l'action civile est dirigée 102
V. Personne civilement responsable 104
VI. Autres cas 109

§ 8. *Faits qui donnent naissance à l'action civile* 111
I. Action générale en dommages-intérêts et action civile en procédure pénale 111
II. Conception de la doctrine et de la jurisprudence sur les faits qui donnent naissance à l'action civile . . 112
III. Le dommage 115
IV. Principaux faits qui donnent naissance à l'action civile:
1. Faits tirés du CC 119
2. Faits tirés du CO 122
a) Obligations résultant d'un contrat. . . . 122
b) Obligations résultant d'actes illicites . . 124
3. Faits tirés d'autres lois 125
V. Faits qui ne peuvent être l'objet d'une action civile 125

§ 9. *Objet de l'action civile; for* 128
I. Objet de l'action civile 128
II. For 134

§ 10. *Constitution de la partie civile* 138
I. Comment doit-on se constituer partie civile ? . . . 139
II. A quel moment peut-on se constituer partie civile ? . 140
III. Jusqu'à quel moment peut-on se constituer partie civile ? 143
IV. Quel doit être le contenu de la requête à fin de constitution de partie civile ? 144

Pages

V. « Electa una via, non datur recursus ad alteram ». Exceptions: 148

1. Extinction de l'action publique 153
2. Convention des parties 156
3. Renvoi « ad separatum » 160

§ 11. *Exercice de l'action civile.* 169

§ 12. *Extinction de l'action civile; frais et dépens:*

I. Extinction de l'action civile 201
1. Renonciation. 201
2. Transaction 203
3. Prescription 205
a) Prescription de l'action civile. 206
b) Prescription des condamnations civiles et des dépens 209
II. Frais et dépens 210

III. CONCLUSIONS

§ 13. *Critique du principe de l'institution de l'action civile.* . . 219

I. Raisons qui militent en faveur de l'acceptation de l'action civile en procédure pénale 219
II. Raisons qui militent en faveur du rejet de l'action civile en procédure pénale. 221
III. Critique de l'action civile en procédure pénale bernoise 225
IV. « De lege ferenda » 228

BIBLIOGRAPHIE[1]

A. — OUVRAGES ET ARTICLES GÉNÉRAUX

BAECHI Walter: Anschluss an die Nichtigkeitsklage im Strafprozess (RJB 71/49).

BERLIN Leo: Beitrag zur Lehre vom Adhäsionsprozess. *Thèse.* Berne 1878.

BERNER Max: Der Strafantrag des Verletzten im bernischen Straf- und Strafprozessrecht. *Thèse.* Berne 1928.

BLOCH Walter: Das Verfahren nach dem Vorentwurf einer Strafprozessordnung für den Kanton Bern (1912). *Thèse.* Berne 1931.

BLUMENSTEIN Ernst: *Handbuch des schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes* (1911).

BOURGKNECHT: Le recours au Tribunal fédéral en matière pénale après l'entrée en vigueur du Code pénal suisse (ZSR 82, NF 60, p. 1 *a*-116 *a*).

BURCKHARDT Walter: *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874* (3e édition, 1931).

BUSSY André: *Code fédéral de la circulation* (1933).

COMMENT Albert: La procédure pénale et le notaire bernois (MBVR 31/257).

— Interprétation des art. 94 et 95 CPP (RJB 60/435, 478).

— Cours de procédure pénale à la Faculté de droit de l'Université de Berne, semestre d'hiver 1933-1934 (non publié).

DAGUIN Fernand: *Code de procédure pénale allemand* (1884).

DOHNA Alexander: *Das Strafprozessrecht* (1929).

FEDER Erwin: *Methodisch-kritische Betrachtung des Adhäsionsprozesses nach dem Entwurf eines Einführungsgesetzes zum allgemeinen deutschen Strafgesetzbuch von 1929 mit rechtsvergleichenden Bemerkungen* (1934).

GARRAUD R.: *Traité théorique et pratique du droit pénal français* (1898).

— *Traité théorique et pratique de l'instruction criminelle et de procédure pénale* (1907).

—[2] *Précis de droit criminel* (14e édition, 1926).

GUHL Theo: *Das Schweizerische Obligationenrecht* (2e édition, 1936-37).

[1] Lorsque nous renvoyons à un auteur, nous nous bornons à citer son nom et la page de l'ouvrage à laquelle nous nous référons.

[2] Si l'ouvrage de Garraud auquel nous nous référons n'est pas précisé, il s'agit toujours du « Précis de droit criminel ».

Hélie Faustin: *Traité de l'Instruction criminelle* (2e édition, t. I, 1866).

Hofstetter Max: Die summarischen Verfahren vor dem Einzelrichter im Strafverfahren des Kantons Bern. *Thèse.* Berne 1939.

Holzer Rudof: Die Nichtigkeitsklage im Gesetz über das Strafverfahren des Kantons Bern. *Thèse.* Berne 1935.

Huber Erich: Automobilhaftpflicht und Adhäsionsklage (RJB 72/697).

Imer Florian: La jonction et la disjonction des poursuites pénales (RJB 70/204).

Jahn K.: Die Adhäsionsklage nach französischem und bernischem Recht (RJB 53/176).

Jäger Charles: *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite.* Edition française, 1920.

Jäggi Otto: Das Ueberweisungsverfahren im bernischen Strafprozess. *Thèse.* Berne 1935.

Kähler Otto: *Die Entschädigung für Strafe und Untersuchungshaft* (1904).

Kehrli Jakob: Die Kosten im Strafverfahren des Kantons Bern. *Thèse.* Berne 1925.

Krauer Max: Die Gestaltungsprinzipien und Subjekte des bernischen Strafverfahrens erster Instanz. *Thèse.* Berne 1933.

Krebs W.: *Straf- und Strafprozessgesetze für den Kanton Bern* (1929).

Lanz Ernst: Die Stellung des Verteidigers im bernischen Strafverfahren (Abhdlg. zum *schweiz. Recht,* vol. 159, 1939).

Lauterburg Walter: Die Appellation der Civilpartei nach Art. 452 des bern. Strafverfahrens, insbesondere bei Ehrverletzungen (RJB 24/306).

Leuch Georg: *Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern* (éditions de 1922 et 1937).

Logoz Paul: *Commentaire du Code pénal suisse* (1939-41).

Matti Hans [1]: Die Zivilklage aus strafbaren Handlungen im erstinstanzlichen Strafverfahren des Kantons Bern. *Thèse.* Berne 1916.

— Die Zivilklage nach dem Vorentwurf (RJB 52/329 s., 377 s.).

Metz Peter: Die Rechtsmittel im bündnerischen Strafprozess. *Thèse.* Zurich 1939.

Müller Otto: Die Feststellungsklage als Zivilanspruch im Strafverfahren (RJB 51/442).

— Die Zivilpartei als Zeuge (RJB 42/457, 513).

Neumann Paul: Grenzen der Zeugnispflicht im Strafprozess. *Thèse.* Zurich 1930.

Paillot Edmond: *De l'action civile en droit criminel* (1886).

Probst: Die Appellation im Strafverfahren des Kantons Bern. *Thèse.* Berne 1922.

---

[1] Même remarque que pour Garraud.

Samuely A.: *Zur Lehre von den Antragsdelikten* (1880).

Schöncke Adolf: *Beiträge zur Lehre vom Adhäsionsprozess* (1935).

Spengler C.: Der Strafbefehl im schweizerischen, deutschen und österreichischen Recht. *Thèse.* Zurich 1929.

Stalder Fritz: Die Ausnahmen von der Zeugnispflicht im bernischen Strafverfahren. *Thèse.* Berne 1937.

von Steiger Eduard: Einige Fragen aus der bernischen Strafprozessreform (RJB 62/241, 249 s.).

Strebel: *Kommentar zum Bundesgesetz über den Motorfahrzeug- und Fahrradverkehr* (1934, 1938).

Thormann Philipp: *Erläuterungen zum Vorentwurf einer Strafprozessordnung für den Kanton Bern* (décembre 1912).

— *Erläuterungen zum Entwurf einer Strafprozessordnung für den Kanton Bern* (1926).

— Einige Fragen aus der bernischen Strafprozessreform (RJB 62/241).

— Zur Frage der Anschlussnichtigkeitsklage im bernischen Strafprozessrecht (RJB 71/65).

Thormann-von Overbeck: *Das schweizerische Strafgesetzbuch* (1940-41).

von Tuhr Andreas: *Parties générales du Code fédéral des Obligations.* Version française de Torrenté et Thilo, 2e édition, 1933.

Trüssel Friedrich: Das Institut der Staatsanwaltschaft im bernischen Recht (Abhdlg. zum *schweiz. Recht,* vol. 31, 1909).

Vogel J.: Der gegenwärtige Notstand der Zivilpartei (RJB 50/303).

Waiblinger Max [1]: *Das Strafverfahren des Kantons Bern* (1937).

— Die Weiterziehung von Strafsachen an das Bundesgericht nach Inkrafttreten des schweiz. Strafgesetzbuches (ZSR 82, NF 60, p. 117 *a*-220 *a*).

Witz: Einige Fragen aus dem bernischen Strafprozess (RJB 72/305).

Zurbrügg Friedrich: Zulässigkeit und Umfang der Appellation nach dem geltenden bernischen Verfahren in Strafsachen. *Thèse.* Berne 1920.

Zürcher Johann: Die Prinzipien der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit und ihre Anwendung im neuen bernischen Strafverfahren. *Thèse.* Berne 1936.

B. — LÉGISLATION BERNOISE

Constitution de la République de Berne du 6 juillet 1831 (abrogée).

Constitution pour le Canton de Berne du 4 août 1846 (abrogée).

Code de procédure pénale pour le Canton de Berne du 29 juin 1854 (abrogé).

Code pénal bernois du 30 janvier 1866 (abrogé).

---

[1] Même remarque que pour Garraud.

Constitution du Canton de Berne du 4 juin 1893.

Loi du 31 janvier 1909 sur l'organisation judiciaire.

Avant-projet d'un code de procédure pénale bernois (projet conforme aux décisions de la commission instituée par la Direction de la Justice, octobre 1911).

Code de procédure civile bernois du 7 juillet 1918.

Protokoll des Diskussionsabends des BJV vom 1. März 1926 über einige Fragen des Strafprozessreforms (RJB 62/241).

Rapport de la Direction de la Justice au Conseil-exécutif, à l'intention du Grand Conseil, sur le projet d'un nouveau code de procédure pénale bernois (septembre 1926).

Code de procédure pénale bernois (projet du Conseil-exécutif du 20 octobre 1926).

Code de procédure pénale bernois (projet commun des 4-8 juillet 1927 du Conseil-exécutif et de la Commission).

Code de procédure pénale bernois (texte adopté en première lecture le 9 novembre 1927).

Message du Grand Conseil du Canton de Berne au peuple bernois (mars 1928).

Code de procédure pénale du Canton de Berne du 20 mai 1928.

Loi du 3 juin 1940 sur l'introduction du Code pénal suisse dans le canton de Berne.

Procès-verbaux des délibérations du Grand Conseil.

C. — LÉGISLATION FÉDÉRALE

Constitution fédérale pour la Confédération suisse du 12 septembre 1848 (abrogée).

Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874.

Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite.

Loi fédérale du 28 juin 1889 sur l'organisation judiciaire et la procédure pénale pour l'armée fédérale.

Loi fédérale du 22 mars 1893 sur l'organisation judiciaire fédérale, avec modifications.

Loi fédérale des 28 juin 1901-23 décembre 1914 concernant l'assurance militaire contre les maladies et les accidents.

Code civil suisse du 10 décembre 1907.

Code fédéral des obligations des 30 mars 1911-18 décembre 1936.

Loi fédérale du 13 juin 1911 sur l'assurance en cas de maladies et d'accidents.

Code pénal militaire (loi fédérale du 13 juin 1927).

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant un projet de loi sur la procédure pénale fédérale du 10 septembre 1929 (FF 1929, II, 607 s.).

Loi fédérale du 15 mars 1932 sur la circulation des véhicules automobiles et des cycles.

Loi fédérale du 15 juin 1934 sur la procédure pénale.

Code pénal suisse du 21 décembre 1937.

Avant-projet du 21 mai 1940 du juge fédéral Ziegler avec rapport au Département fédéral de Justice et Police sur la revision de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale.

Projet du 14 janvier 1941 du Tribunal fédéral sur la revision de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale.

Message du Conseil fédéral du 10 octobre 1941 à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un arrêté fédéral modifiant à titre provisoire l'organisation judiciaire fédérale (FF 1941, 777 s.).

Arrêté du Conseil fédéral du 11 décembre 1941 modifiant à titre provisoire l'organisation judiciaire fédérale.

D. — DROIT ÉTRANGER

Code d'instruction criminelle français du 17 novembre 1808.

Code pénal français du 12 février 1810.

Code pénal allemand du 15 mai 1871.

Code de procédure pénale allemand du 1er février 1877.

E. — REVUES JURIDIQUES [1]

Blätter für zürcherische Rechtsprechung.

Monatsblatt für bernische Rechtsprechung.

Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht (Revue mensuelle de droit administratif bernois).

Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral.

Revue pénale suisse (Zeitschrift für schweizerisches Strafrecht).

Revue de la Société des juristes bernois (Zeitschrift des bernischen Juristenvereins).

Revue suisse de jurisprudence (Schweizerische Juristenzeitung).

Zeitschrift für schweizerisches Recht.

[1] Lorsque nous renvoyons à une revue, le premier chiffre désigne le volume, le deuxième la page.

ABRÉVIATIONS

al.	alinéa.
art.	article.
ATF	arrêt du Tribunal fédéral (recueil officiel).
ch.	chiffre.
chap.	chapitre.
CC	code civil suisse du 10 décembre 1907.
CF	Conseil fédéral.
Cf.	conférer.
CICr	code d'instruction criminelle français du 17 novembre 1808.
CO	code fédéral des obligations des 30 mars 1911/18 décembre 1936.
CPA	code pénal allemand du 15 mai 1871.
CPB	code pénal bernois du 30 janvier 1866 (abrogé).
CPCB	code de procédure civile bernois du 7 juillet 1918.
CPfr	code pénal français du 12 février 1810.
CPM	code pénal militaire (loi fédérale du 13 juin 1927).
CPPA	code de procédure pénale allemand du 1er février 1877.
CPPB	code de procédure pénale du Canton de Berne du 20 mai 1928.
CPPB anc.	ancien code de procédure pénale pour le Canton de Berne du 29 juin 1854 (abrogé).
CPS	code pénal suisse du 21 décembre 1937.
Cst.	constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874.
FF	feuille fédérale.
LA	loi fédérale du 15 mars 1932 sur la circulation des véhicules automobiles et des cycles.
LAM	loi fédérale des 28 juin 1901/23 décembre 1914 concernant l'assurance militaire contre les maladies et les accidents.
LAMA	loi fédérale du 13 juin 1911 sur l'assurance en cas de maladies et d'accidents.
LiCPS	loi du 3 juin 1940 sur l'introduction du code pénal suisse dans le Canton de Berne.
LP	loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite.
LPPF	loi fédérale du 15 juin 1934 sur la procédure pénale.
MBR	Monatsblatt für bernische Rechtsprechung.

MBVR	Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht (Rev. mens. dr. adm.: revue mensuelle de droit administratif bernois).
O	ordonnance.
OJF	loi fédérale du 22 mars 1893 sur l'organisation judiciaire fédérale.
OJPPM	organisation judiciaire et procédure pénale pour l'Armée fédérale du 28 juin 1889.
RPS	revue pénale suisse (ZSchwStrR: Zeitschrift für schweizerisches Strafrecht).
RJB	revue de la Société des juristes bernois (ZBJV: Zeitschrift des bernischen Juristenvereins).
RSJ	revue suisse de jurisprudence (SJZ: schweizerische Juristenzeitung).
s.	et suivants.
t.	tome.
TF	Tribunal fédéral.
vol.	volume.
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung.
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht.

INTRODUCTION

La procédure pénale est l'ensemble des règles qui indiquent la marche à suivre d'un procès pénal et les tribunaux compétents pour en être saisi. Elle a pour but de permettre au juge d'établir si, en vertu du droit pénal, une infraction a été commise et, dans l'affirmative, si l'auteur de cette infraction est coupable et punissable. Ces éléments étant réunis, l'acte répréhensible peut alors avoir des conséquences de droit public et de droit privé. D'une part, il donne naissance au droit de la société de punir le délinquant et, d'autre part, il permet à la personne lésée d'obtenir la réparation du dommage que lui a causé le fait illicite [1]. On se trouve ainsi en présence de deux groupes d'intéressés qui, pour faire valoir leurs droits, sont au bénéfice soit d'une action publique, soit d'une action privée, ou même des deux actions lorsqu'il s'agit de délits poursuivis sur plainte. Si la société, comme telle, est lésée, elle fait exercer ses droits par l'intermédiaire de certains organes de l'Etat institués à cet effet. Cependant, la peine prononcée à raison de l'infraction commise n'est pas suffisante lorsque celle-ci cause un dommage. Bien qu'il obtienne, en qualité de membre de la communauté, une satisfaction par le châtiment du coupable, l'individu lésé doit pouvoir réclamer une juste réparation équivalant à la perte qu'il a subie. C'est à ce résultat que tend l'action civile dans la procédure pénale. Mais cette action doit généralement être ouverte devant les tribunaux civils, selon les règles spéciales en la matière. Même si une action de droit privé découle d'une infraction, elle doit, normalement, être examinée par le juge civil. Ce système, qui sépare nettement l'action pénale de l'action civile — bien que toutes deux se fondent sur le même délit —, est en vigueur dans plusieurs Etats. Pour les raisons que nous exa-

[1] Garraud: *Traité I*, p. 158 s.; *Précis*, p. 591 s.; *Droit pénal français*, p. 273 s.

minerons plus loin, certains législateurs — notamment le législateur bernois — ont permis que l'action civile et l'action publique soient simultanément ouvertes devant le même juge [1]. Le CPPB, qui s'inspire largement du droit français, réserve, en effet, une grande place à l'action civile. Aussi l'importance considérable que cette action revêt dans la procédure pénale bernoise et le grand rôle qu'elle joue dans la pratique nous ont-ils engagé à examiner cette question à la fois intéressante et digne d'être traitée. En effet, celui qui intente cette action est partie au procès et y figure en qualité de plaignant [2]. Il participe donc à presque tous les actes de la procédure ordinaire. Ce n'est que dans la procédure dirigée contre les délinquants mineurs [3] et dans celle du mandat de répression [4], c'est-à-dire dans des procédures extraordinaires, que l'action civile est ignorée.

Nous n'avons pas la prétention d'aborder un sujet resté dans l'ombre jusqu'à ce jour. A part les commentateurs du CPPB (Krebs, Waiblinger), qui traitent le sujet sous forme de notes et non d'une façon systématique, celui-ci est développé d'une façon approfondie dans la thèse de M. Hans Matti, professeur à la faculté de droit de l'Université de Berne, intitulée: «Die Zivilklage aus strafbaren Handlungen im erstinstanzlichen Strafverfahren des Kantons Bern» [5]. Comme l'indique le titre de la thèse, l'auteur a limité son étude à l'action civile devant les tribunaux de première instance. Nous étudierons cette action, en revanche, dans toutes les phases de la procédure.

La thèse de M. Matti, publiée en 1916, commente l'action civile prévue dans le CPPB des 25 avril / 29 juillet 1854. Il

---

[1] Art. 3, 1er al., CPPB.

[2] Art. 43, 1er al., ch. 2, CPPB.

[3] Art. 39 LiCPS.

[4] Selon l'article 219, 4e alinéa, CPPB, la procédure du mandat de répression n'est pas applicable lorsque la plainte renferme une réclamation civile ou en laisse entrevoir une, et lorsqu'une réclamation civile doit être envisagée d'après la nature du cas. Cependant, si le mandat de répression est exécuté, il équivaut à un jugement et le plaignant qui se sera porté partie civile devra faire valoir ses droits devant le juge civil. (Art. 224, 2e al., CPPB.)

[5] *Abhandlungen zum schweizerischen Recht*, fascicule 69, Stämpfli & Cie, Berne, 1916.

nous paraît intéressant d'étudier la même question au regard du nouveau CPPB du 20 mai 1928.

La première partie de notre travail est consacrée à des considérations d'ordre général. Pour avoir une idée d'ensemble sur le problème qui nous occupe, nous commencerons par énumérer les différents systèmes adoptés par certains pays en ce qui concerne l'action civile.

Nous rappellerons de quelle façon le droit fédéral (procédure pénale ordinaire et procédure pénale militaire) envisage l'action civile, puis nous traiterons son développement et son évolution au cours des âges.

Une incursion dans la procédure pénale française et allemande paraît s'imposer en raison déjà des oppositions de doctrine qu'elles manifestent. Il est d'ailleurs nécessaire d'étudier ici même l'action civile du code d'instruction criminelle français puisque le législateur bernois s'est inspiré de la plupart des principes de ce code. Nous ne saurions non plus ignorer l'action adhésive du droit allemand, attendu que notre code accepte aussi certains de ses principes.

La seconde partie de la présente étude est exclusivement réservée à l'action civile, à sa structure et à la place qu'elle occupe dans les différentes phases de la procédure pénale bernoise. Au cours de cet exposé, nous ferons un parallèle entre les principes de l'action civile des CPPB de 1854 et de 1928, en relevant ceux qui ont été modifiés, ceux qui ne l'ont pas été et l'évolution de la jurisprudence au vu des changements survenus. Nous ne nous occuperons point de l'action directement ouverte devant le juge civil.

Enfin, nous terminerons en exposant les raisons qui militent en faveur de l'acceptation ou du refus de l'action civile, ainsi que les réflexions générales que cette étude nous aura suggérées.

I. PARTIE GÉNÉRALE

§ 1. — CONSIDÉRATIONS D'ORDRE GÉNÉRAL

Le droit public règle les rapports des Etats entre eux (droit public externe ou international) ou ceux de l'Etat avec les individus (droit public interne). Dans ce dernier cas, il s'occupe de l'organisation des pouvoirs publics et des rapports des individus avec les autorités. Les tâches d'un Etat étant complexes et nombreuses, on en est venu à classer ses différentes activités d'après leurs buts particuliers. C'est ainsi que le droit public interne comprend, généralement, le droit constitutionnel, le droit administratif, le droit ecclésiastique, la procédure civile [1] et le droit criminel ou pénal. Ce dernier comprend lui-même deux groupes de dispositions: celles qui déclarent qu'une action ou une inaction constitue une infraction punissable et celles qui indiquent aussi bien la marche à suivre pour constater les faits délictueux que les autorités judiciaires compétentes pour connaître de tels faits. Les premières dispositions constituent le droit pénal proprement dit (au sens restreint du terme) et les secondes la procédure pénale.

Le droit privé, en revanche, règle les relations des individus entre eux. Ni le droit pénal, ni la procédure pénale ne sont du droit privé. Cela s'explique aisément puisque l'Etat ne saurait rester indifférent en présence d'une infraction commise par un individu à l'égard d'un autre, et considérer ce fait comme un conflit d'ordre personnel. L'auteur de l'acte délictueux présente,

[1] Sous l'empire de l'ancien CPCB, la procédure civile pouvait être classée dans le droit privé. Il en est encore de même en droit français. L'article 89 du nouveau CPCB, du 7 juillet 1918, fait entrer la procédure civile bernoise dans le droit public. Le juge doit, maintenant, agir d'office au cours de la procédure, à moins qu'il ne soit lié par la réquisition des parties. La compétence du juge n'est cependant pas illimitée. Elle porte principalement sur les questions de procédure, tandis que l'initiative des parties demeure pour ainsi dire entière en ce qui concerne le droit matériel litigieux. Cf. LEUCH, p. 108 s.

sans aucun doute, un danger collectif, et la société doit se prémunir contre tout ce qui est en mesure de troubler l'ordre public. Aussi chaque Etat civilisé a-t-il organisé des appareils policier et judiciaire qui visent précisément à empêcher tout acte répréhensible ou, s'il est commis, à punir la personne qui a enfreint les dispositions pénales. C'est l'Etat, comme tel, en sa qualité de représentant de la collectivité, qui intervient directement contre le coupable. Comme il s'agit bien de relations entre l'Etat et l'individu, on ne saurait sérieusement contester le fait que le droit pénal et la procédure pénale — instrument indispensable du premier — relèvent du droit public. Tout en constituant une exception à la règle, les délits poursuivis sur plainte du lésé [1] ne portent pour ainsi dire pas atteinte à ce principe.

Le fait que certains législateurs admettent qu'une action civile peut être intentée en même temps que l'action pénale et devant les mêmes juges modifie-t-il le caractère de cette dernière ? C'est là une question controversée, notamment par les juristes allemands. La plupart d'entre eux admettent que le procès pénal joue toujours le rôle le plus important et que la question civile n'est qu'accessoire [2]. Aussi en déduisent-ils que la procédure pénale peut être rangée dans le droit public.

Stübel, Martin, Planck sont d'un avis différent. Selon eux, il s'agit d'une procédure civile sommaire, dont le sort est lié à l'instruction pénale en vue d'en accélérer l'examen.

D'autres auteurs, tels que Becker, Bauer, Grolmann, déclarent que l'on a affaire à une troisième sorte de procédure, c'est-à-dire à un mélange de procédure pénale et civile.

Si l'on tient compte du rapport interne qui existe entre l'action pénale et l'action civile dérivant toutes deux du même fait, il y a lieu de considérer, selon nous, laquelle des deux actions est la plus importante. Bien que prévue à peu près avec les mêmes droits, tant par la législation française que par la législation bernoise, l'action civile décèle, pour le moins, un lien

[1] Afin d'abréger, nous nous permettrons, de temps à autre, d'employer l'expression « le lésé » pour indiquer la personne ou partie « lésée », comme le fait du reste la LiCPS (art. 39).

[2] Zachariæ, Müller, Gänzler, Linde, Heffter, Tittmann, Bauer, Mackeldey, Feuerbach, Ortloff: cf. Schöncke, p. 17 s.

de dépendance avec l'action pénale puisque, pour intenter la première, il faut qu'un acte punissable ait été commis. Il appert de cette constatation que c'est la question pénale qui doit être traitée en premier lieu par le juge. L'objet de la procédure pénale étant d'établir s'il y a eu infraction, c'est à elle, logiquement, qu'il appartient d'intervenir dans le procès. Même si l'acte punissable a causé un dommage civil, l'intérêt de la collectivité doit primer l'intérêt personnel du lésé. Dans ce cas également, la question litigieuse de nature pénale doit, selon la procédure pénale, l'emporter sur l'action privée.

Pour les deux raisons susindiquées, qui se confondent partiellement avec celles invoquées par le premier groupe des juristes allemands précités, nous estimons que le procès pénal au cours duquel une action civile est ouverte relève de la procédure pénale ordinaire. Nous ne prétendons nullement que l'action civile est accessoire au procès pénal. Nous le démontrerons plus loin.

Il n'est sans doute pas sans intérêt d'exposer, dans le cadre de ces considérations d'ordre général, l'attitude adoptée par certains Etats à l'égard de l'action civile et de les grouper selon leur système propre.

1. D'aucuns ne connaissent pas l'action civile, notamment les Etats-Unis d'Amérique et la Grande-Bretagne. A l'inverse du principe des législations française et bernoise, l'action en réparation du dommage causé par un acte punissable en vertu du droit pénal doit être ouverte devant les tribunaux civils, qui sont aussi compétents pour statuer sur l'infraction.

Le code de procédure pénale allemand ignore aussi l'action civile. Il contient toutefois deux dispositions [1] qui permettent au lésé de demander que l'auteur de l'infraction soit puni d'une amende. Celle-ci n'est cependant pas une peine de droit privé; c'est une indemnité qui a un caractère de répression publique [2].

---

[1] Art. 188 CPPA: calomnie; art. 231 CPPA: coups et blessures.

[2] Cf. Schöncke, p. 59; en outre, Graf zu Dohna: *Die Stellung der Busse im reichsrechtlichen System des Immaterialgüterschutzes* (1902, p. 46 s.).

Kleinfeller n'admet pas la nature privée de l'amende.

Si la procédure pénale hollandaise admet, en principe, l'action civile, la loi sur l'organisation judiciaire des Pays-Bas la restreint dans une mesure telle que, pratiquement, il est presque impossible de l'exercer [1].

2. D'autres Etats prévoient expressément que la réparation du dommage résultant d'une infraction peut être demandée au juge qui statue sur l'action pénale. Il convient cependant de distinguer entre les pays où le lésé doit faire valoir ses droits par ses propres moyens, sans l'aide de l'Etat, et ceux où la défense de ses intérêts civils a lieu, dans une certaine mesure, d'office.

a) Rentrent dans la première catégorie: la France, la Belgique, l'Italie, la Pologne, la Confédération suisse et le canton de Berne. Nous reviendrons sur ces deux derniers Etats lorsque nous aurons terminé cette classification.

b) Rentrent dans la seconde catégorie: l'Autriche, jusqu'à son annexion à l'Allemagne, l'Espagne, la Norvège et l'U.R.S.S. Selon l'ancienne procédure pénale autrichienne notamment, le juge doit tenir compte d'office du dommage ou des autres conséquences de droit privé résultant d'un délit. S'il n'est pas certain que le lésé ait connaissance du procès pénal en cours, le juge doit l'en informer pour lui permettre d'y prendre part et d'exercer ses droits (art. 365 CPP autr.).

3. Le droit mexicain en vigueur depuis 1931 diffère de ceux dont il a été question. La réparation du dommage dérivant de l'infraction est considérée comme partie intégrante de la peine. Le ministère public a seul qualité pour faire valoir des droits résultant de l'acte punissable; le lésé ne peut intervenir dans le procès.

Revenons aux principes adoptés par la Confédération suisse et le canton de Berne.

Les sources de la procédure pénale fédérale et de la procédure pénale bernoise doivent être recherchées dans les dispositions suivantes:

---

[1] Cf. Schöncke, p. 60 et les ouvrages auxquels il renvoie.

A la suite de la votation populaire du 13 novembre 1898, la Constitution fédérale du 29 mai 1874 a été complétée par un article 64 *bis* — modifiant l'article 64 — selon lequel la Confédération a le droit de légiférer en matière de droit pénal (1er al.). L'organisation judiciaire, la procédure et l'administration de la justice demeurent cependant aux cantons dans la même mesure que par le passé (2e al.) [1].

Cette dernière disposition a été reprise par la loi fédérale du 15 juin 1934 sur la procédure pénale, ainsi que par le CPS. L'article 247 LPPF dispose, en effet, que les autorités cantonales poursuivent et jugent les infractions de droit pénal fédéral qui leur sont attribuées par la législation fédérale ou par le Conseil fédéral. L'article 365 CPS prévoit que la procédure devant les autorités cantonales sera fixée par les cantons.

La constitution du canton de Berne, du 4 juin 1893, ne contient que deux dispositions de portée générale relativement à l'exercice de la justice. Aux termes de l'article 49, 1er alinéa, la justice civile et la justice pénale sont rendues par les tribunaux établis en vertu de la constitution. L'article 61, 1er alinéa, prévoit en outre que la justice pénale est administrée par les tribunaux ainsi que par le jury [2].

C'est sur la base de ces dispositions constitutionnelles fédérale et cantonale qu'a été rédigé le CPPB du 20 mai 1928. Son article 3 pose le principe de l'action civile. Nous le traiterons en détail dans la partie spéciale de la présente étude.

La loi fédérale du 15 juin 1934 sur la procédure pénale règle non seulement la procédure devant les tribunaux fédéraux

---

[1] La première constitution fédérale pour la Confédération suisse, du 12 septembre 1848, ne réglait pas la législation attribuée à la Confédération, ni celle qui restait du ressort des cantons. Elle se contentait d'énumérer (art. 93 s.) les attributions réservées au Tribunal fédéral, soit comme Cour de justice civile (art. 101 s.), soit comme cour de justice pénale (art. 103 s.).

[2] La constitution de la République de Berne, du 6 juillet 1831, et la constitution pour le Canton de Berne, du 13 juillet 1846, ne renferment aucune disposition plus précise que la Constitution de 1893 qui aurait pu avoir un intérêt pour notre sujet (cf. « Troisième section. Pouvoir judiciaire »; art. 73 s. de la constitution de 1831, et « C. Autorités judiciaires »; art. 50 s. de la constitution de 1846).

(art. 1er; 22 — 246), mais encore la procédure à suivre en matière pénale fédérale par les tribunaux cantonaux (art. 247 — 278). Cette loi contient en outre quelques règles essentielles sur l'exercice de l'action civile (art. 210 — 213). Comme le déclare le message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale du 10 septembre 1929 [1], le législateur n'a pas pensé devoir fouiller la question de l'action civile « en raison de la nature des affaires qui ressortissent aux juridictions fédérales de répression », et parce que « les tribunaux ont rarement l'occasion de statuer sur des revendications de droit civil ». L'article 210 de la dite loi dispose que l'action civile dérivant d'une infraction peut être exercée en la procédure pénale fédérale et jugée par la juridiction fédérale de répression. Cependant, dans la mesure où le jugement de l'action civile se heurte à des difficultés exceptionnelles — en particulier à l'administration de preuves nombreuses —, le lésé peut être renvoyé devant le juge civil. Comme partie au procès (art. 34 LPPF), celui qui subit un dommage dispose des voies de recours, soit de la plainte (art. 214, 2e al.), du pourvoi en nullité et de la revision eu égard aux conclusions civiles (art. 220, 230, 231).

En ce qui concerne la procédure devant les tribunaux cantonaux en matière pénale fédérale, l'article 248 prévoit que si la procédure pénale du canton permet au lésé d'intervenir dans le procès pénal pour y déposer des conclusions civiles, la même faculté lui appartient dans les causes de droit pénal fédéral. L'article 271 autorisait la personne qui a subi un dommage et déposé des conclusions civiles devant la juridiction cantonale à se pourvoir en nullité dans la mesure visée par les articles 276, 3e alinéa, et 278, 3e alinéa.

Ces règles suscitaient de graves inconvénients: elles donnaient tout d'abord au lésé la possibilité illimitée de recourir au Tribunal fédéral au sujet de ses intérêts civils, indépendamment de la valeur litigieuse. De plus, celui qui avait subi un dommage causé par un acte délictueux avait deux voies *ordinaires* de recours: le pourvoi en nullité et le recours en réforme lorsque

---

[1] FF 1929, II, 607 s. (662).

la valeur litigieuse est supérieure à 4.000.— fr. [1]. Il est clair que la coexistence de ces deux voies similaires, ouvertes toutes deux en cas de violation du droit fédéral, ne pouvait être qu'une cause de complications et d'insécurité lorsqu'une partie recourait en réforme, tandis que l'autre se pourvoyait en nullité [2]. Enfin, la cour de cassation était dans l'impossibilité de statuer sur les conclusions civiles lorsqu'elle annulait le jugement au point de vue pénal [3].

Il faut reconnaître que sous l'empire des dispositions légales en vigueur jusqu'au 31 décembre 1941, il arrivait rarement que des conclusions civiles fussent déposées au cours d'un procès pénal. Avec le nouveau droit, où le CPS remplace, sauf pour les contraventions, la législation pénale cantonale, le nombre des cas de ce genre, et par conséquent celui des pourvois en nullité relatifs aux conclusions civiles, augmentera fortement [4]. Aussi le législateur fédéral s'est-il vu dans l'obligation de modifier les dispositions concernant le pourvoi en nullité. Un avant-projet de revision, élaboré par M. Ziegler, juge fédéral, a été remis au département fédéral de justice et police le 21 mai 1940, puis le Tribunal fédéral présenta un projet le 14 janvier 1941. Se fondant sur un message du Conseil fédéral du 10 octobre 1941, l'Assemblée fédérale a ensuite édicté l'arrêté fédéral du 11 décembre 1941 modifiant à titre provisoire l'organisation judiciaire fédérale, arrêté dont nous extrayons les dispositions essentielles se rapportant à l'action civile:

Article 9.

L'article 271 est remplacé par la disposition suivante:

Lorsque les conclusions civiles ont été jugées en même temps que l'action pénale, il appartient au lésé, au condamné et au tiers déclaré responsable avec le condamné de se pourvoir en nullité en ce qui concerne ces conclusions.

---

[1] Cf. Bourgknecht et Waiblinger: ZSR 82, NF 60, p. 100 *a*-109 *a*, 173 *a*-180 *a*.

[2] Cf. le message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale, du 10 octobre 1941, à l'appui d'un arrêté fédéral modifiant à titre provisoire l'organisation judiciaire fédérale. FF 1941, I, 777 s. (784).

[3] Bourgknecht, p. 100 a s.

[4] Cf. le message cité sous [2], p. 783.

Lorsque les conclusions civiles portent, d'après les dispositions applicables au recours en réforme en matière civile, sur une valeur litigieuse inférieure à 4.000 francs et ne peuvent pas non plus être l'objet d'un recours en réforme en vertu de la procédure civile sans égard à la valeur litigieuse, un pourvoi en nullité quant aux conclusions civiles n'est recevable que si la cour de cassation est saisie en même temps de l'action pénale.

Le pourvoi en nullité pour application du droit cantonal au lieu du droit fédéral est recevable sans égard à cette restriction.

Les dispositions sur le recours joint et sur la revision en matière de recours en réforme (art. 70 et 95 s. de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale) sont applicables par analogie.

La partie qui se pourvoit en nullité ne peut pas former de recours en réforme au Tribunal fédéral.

Article 10.

L'article 272 est remplacé par la disposition suivante:

.....

3e alinéa: Lorsque les conclusions civiles ne peuvent être l'objet d'un pourvoi en nullité que conjointement avec l'action pénale (art. 271, 2e al.), le délai pour exercer et motiver le pourvoi est prolongé, en faveur de la partie qui n'attaque que les conclusions civiles, de dix jours dès la communication du pourvoi exercé par un autre intéressé quant à l'action pénale.

Article 14.

L'article 276 est remplacé par la disposition suivante:

.....

3e et 4e alinéas: La cour de cassation statue elle-même sur les conclusions civiles ou renvoie la cause à l'autorité cantonale pour nouvelle décision.

Dans le cas visé à l'article 271, 2e alinéa, la cour de cassation ne statue sur le recours contre les conclusions civiles qu'en tant qu'elle déclare le pourvoi fondé quant à l'action pénale et que son arrêt peut avoir de l'importance aussi pour le jugement des conclusions civiles; elle renvoie les conclusions civiles en même temps que la cause pénale à l'autorité cantonale pour nouvelle décision.

L'organisation judiciaire et la procédure pénale pour l'armée fédérale (LF du 28 juin 1889) permettent également à la partie lésée par un délit militaire de demander la réparation du dommage causé (art. 177 — 181; 217). La justice militaire devant faire preuve de diligence, appelée qu'elle est à maintenir l'ordre et la discipline dans l'armée et à réprimer tous les actes portant atteinte à la défense nationale, il est compréhensible que la

partie civile ne dispose pas de privilèges si étendus que dans les procédures pénales cantonale ou fédérale ordinaires. C'est ce qui explique qu' « il est toujours loisible au tribunal dans chaque cas particulier de refuser de se saisir » (de l'action civile) — art. 177 —. Les tribunaux militaires font, semble-t-il, un large usage de cette disposition, du moins depuis le service actif actuel. Si le tribunal refuse de se saisir de l'action civile, l'intéressé « a le droit de porter ses prétentions devant les tribunaux civils » (art. 181). Le lésé doit annoncer ses prétentions au plus tard à l'ouverture de l'instruction principale (art. 178). Il peut recourir contre le jugement rendu sur ses prétentions (art. 179). Si la grâce est accordée au condamné, soit par le Conseil fédéral, soit par le Commandant en chef de l'armée, les effets civils de la condamnation pénale subsistent malgré tout (art. 217).

§ 2. — CONSIDÉRATIONS D'ORDRE HISTORIQUE

I. Droit ancien

Dans la société primitive, soumise à l'autorité d'un chef qui dictait sa volonté selon ses caprices, l'individu ne bénéficiait d'aucune protection pour les dommages qu'un de ses semblables causait à ses proches, à ses biens ou à lui-même. Il n'y avait ni droit écrit, ni droit coutumier. Les peuples d'alors n'étaient préoccupés que du « droit à la vie », si l'on peut dire, droit qu'ils acquéraient en travaillant et défrichant la terre ou en guerroyant avec des peuplades voisines qu'ils asservissaient après s'être approprié leurs biens. Mais l'accaparement de ces biens collectifs n'étaient pas en mesure de satisfaire l'individu et n'avait pas pour effet de lui procurer une sécurité personnelle à l'égard des autres membres de sa tribu. Il devait défendre ses intérêts avec les armes qu'il s'était forgées et chercher à obtenir par la force la réparation du dommage qui lui était causé. Mais avec le temps, l'idée de l'autorité centrale, de l'intérêt supérieur et dominant de la tribu va s'accentuant. La notion de la justice se développe. On conçoit bientôt que la lésion portée à un individu peut attenter à la communauté tout entière. Au régime de

la vengeance privée se substitue peu à peu celui de la vengeance collective, c'est-à-dire non plus celle qui est exercée par le lésé, mais par un sage de la tribu, qui ordonne ce qui lui paraît juste et équitable. C'est ainsi qu'apparaissent les tribunaux devant lesquels les intéressés présentent leurs doléances et que l'action publique s'établit. Et Faustin Hélie de tirer de cette évolution les conclusions suivantes: « La plainte ou l'accusation, substituée à la force ouverte, fut le premier symptôme de la civilisation. La plainte, en effet, suppose la constitution de la cité, une autorité reconnue, un pouvoir réparateur. C'est la plainte qui a fait le juge. Les idées d'action et de justice sont corrélatives. C'est le fait qui vient se placer sous la protection du droit ».[1]

L'action privée a ainsi précédé l'action publique, qui dépendait entièrement de la partie lésée.

La législation de Manou, en Inde, prévoyait des peines sans se soucier de la réparation d'un dommage privé. Mais on aurait déjà fait une distinction, semble-t-il, entre l'action publique et l'action civile [2].

Le peuple juif avait adopté un système répressif aux mains de la communauté (lapidation), tout en accordant certains droits à la personne ayant subi un dommage [3].

La législation athénienne a peut-être été la première à établir une différence marquée, du point de vue de la poursuite, entre les délits publics et les délits privés. Le droit de poursuivre l'auteur d'un délit privé n'appartenait qu'à la victime; si elle était incapable ou esclave, ou venait à mourir, ce droit était exercé par le tuteur, le maître ou une personne désignée par la loi. Quant aux délits publics, tous les citoyens — sauf certaines restrictions — pouvaient les signaler, de même que les magistrats de la république, qui dénonçaient les crimes au sénat ou à l'assemblée du peuple et provoquaient la désignation d'un citoyen pour soutenir l'accusation. Mais comme le dit Faustin Hélie, « l'action privée est le droit commun, la règle générale et l'action

[1] T. Ier, nº 411, p. 478.
[2] Paillot, p. 5.
[3] Paillot, p. 5.

publique n'est qu'un moyen extraordinaire destiné soit à suppléer à ses négligences, soit à atteindre les attentats purement politiques » [1].

Le droit romain faisait déjà la même distinction fondamentale entre les délits privés et les délits publics. Seul, le lésé pouvait exercer l'action privée. En revanche, l'action publique était à la portée de tous les citoyens. Cependant, l'action publique et l'action privée s'exerçaient par la même personne. Ce n'est que plus tard, lorsqu'il s'est agi d'infractions particulièrement graves, que les magistrats se sont saisis d'office de certains cas.

Que de doutes subsistent néanmoins sur les législations de ces temps reculés! Tout puisés qu'ils soient dans les ouvrages d'historiens et de juristes qui jouissent d'un réel crédit et dont on ne saurait nier la valeur, ces renseignements ne laissent cependant pas d'éveiller en nous un certain scepticisme. On ne peut, en effet, s'empêcher de considérer que ces auteurs n'ont guère pu se fonder sur des sources infaillibles et que souvent, ils furent réduits aux conjectures. Au reste, certains d'entre eux, notamment Dirkson, Jordan, Zumpt, Mittermaier, Rosenfeld, Francke, Schöncke [2] ne prétendent-ils pas que la lecture des textes juridiques romains ne permet pas d'affirmer l'existence d'une action civile telle qu'elle est conçue actuellement ? La seule possibilité, pour le juge, eût été d'englober, dans un même procès, l'action pénale et l'action civile découlant d'un fait punissable, à la condition qu'il fût compétent pour statuer sur l'une et sur l'autre.

II. Droit français

A l'époque mérovingienne, le lésé peut user de tous les moyens pour obtenir satisfaction. L'Etat, dont l'organisation est encore assez rudimentaire, ne peut intervenir en faveur de la réparation du dommage. C'est alors le règne de la vengeance privée, dominé par la loi du talion. Le lésé se fait justice lui-même, par la force ou en exigeant une composition. Plus tard,

[1] T. Ier, nº 411, p. 478.
[2] Cf. Schöncke, p. 3 s.

une partie de cette composition est attribuée au fisc, à titre de fredum. En outre, le bannum — amende de 60 sous dont le produit revenait au roi — frappait celui qui avait commis certains crimes graves.

L'époque carolingienne ne diffère guère de la précédente, mais la tendance à poursuivre certaines infractions d'office se dessine déjà.

Au XII^e siècle, le lésé est toujours seul compétent pour saisir de son cas les cours seigneuriales. Toutefois, comme à l'époque mérovingienne, mais de façon un peu mieux marquée, le juge peut poursuivre d'office un délit flagrant. Si celui qui a subi un dommage conserve ses privilèges, la justice accroît les siens.

Dès le XIII^e siècle apparaît l'influence du droit canon, qui s'inspire, dans une certaine mesure, du droit romain. Bien que le lésé puisse toujours faire valoir ses droits à une réparation, l'action publique ne peut être ouverte que par des accusateurs idoines. Aux débats publics succède peu à peu une procédure secrète. Cette évolution devait parallèlement susciter une autre modification. Quand le lésé n'était plus à même de justifier ses prétentions au cours des débats, c'est-à-dire d'user de la forme accusatoire admise jusqu'alors, ses droits se restreignaient à dénoncer le litige. Ce mouvement aboutit fatalement, trois siècles plus tard, à une intervention d'office beaucoup plus manifeste. La compétence du juge s'accroît au détriment des prérogatives du lésé. Celui-ci n'accuse plus. En se constituant partie civile, il met en mouvement l'appareil judiciaire. Mais ses droits se confinent strictement à ses intérêts. La magistrature s'occupe seule de la peine à infliger. Si, au début, la partie publique a des attributions assez confuses, c'est cependant à cette époque qu'apparaissent les premiers éléments du ministère public tel que nous le concevons aujourd'hui. Aussi l'action civile se distingue-t-elle nettement de l'action pénale.

Aux XVII^e et XVIII^e siècles, les droits du juge et du lésé sont circonscrits; ceux de la partie publique sont étendus. Une ordonnance de 1670 consacre un état de fait en prévoyant expressément la poursuite des délits publics par des magistrats

spéciaux. La poursuite des délits privés appartient, en revanche, à celui qui a subi un dommage. Le lésé conserve toujours l'initiative de faire valoir son droit. Le juge, lui aussi, garde le pouvoir de poursuivre d'office, mais la procédure n'est alors plus concevable sans la présence du ministère public, qui est seul compétent pour requérir une peine.

L'Assemblée constituante s'est aussi exprimée sur le droit de poursuivre et d'accuser. La constitution de 1791 disposait que l'accusateur public était élu par le peuple. Le droit d'accusation était donc délégué.

Cette règle fut reprise par le code du 3 brumaire de l'an IV. On constate cependant, non sans quelque surprise, si l'on a suivi le développement de la partie civile, que celle-ci ne peut plus, à elle seule, mettre les tribunaux en mouvement. Elle ne fait que participer à une procédure en cours. Cette restriction des droits du lésé, lequel avait conservé jusqu'alors un rôle prépondérant dans la poursuite et l'instruction, s'explique du fait que le code de brumaire est d'essence purement révolutionnaire. Il est la consécration de la nouvelle constitution établissant le principe de la souveraineté par le peuple. Dès lors, on attache plus d'importance à l'action publique qu'à l'action privée.

Au début du XIX^{e} siècle, la voie était toute tracée pour les auteurs du code d'instruction criminelle français de 1808, qui est encore actuellement en vigueur. Ils reprirent le système instauré par leurs devanciers, tout en complétant et précisant certaines conceptions et en fixant, de façon définitive, la distinction entre l'action civile et l'action pénale.

III. Droit allemand

Le mode de vivre des peuples primitifs établis sur le territoire actuel de l'Allemagne était à peu près le même que celui des habitants de la France. C'est dire que la répression du crime y était presque inexistante, tant l'organisation judiciaire faisait encore défaut. Le sentiment supérieur de la collectivité et, par là même, de solidarité, n'était pas encore suffisamment développé pour que l'on pût concevoir un délit autrement qu'une offense

privée dont il appartenait à l'offensé de tirer vengeance [1]. C'était le régime de la vengeance privée. Avec le temps, on discerna les suites funestes de cet état de guerre reconnu et l'on admit que le coupable pourrait réparer son infraction en versant une composition (Wehrgeld). Plus tard, cette transaction entre parties fut sanctionnée par l'autorité publique qui percevait, pour son intervention, le fredum ou Friedensgeld. Bientôt, l'acceptation de la composition devint obligatoire, ce qui restreignit automatiquement le droit de vengeance, qui ne subsista plus que pour quelques crimes graves [2].

Chez les Germains, l'assemblée générale des hommes libres ou l'assemblée de la centénie était compétente pour connaître des crimes. La double imposition du Wehrgeld et du Friedensgeld paraît encore être conservée [3], tandis que les Francs ne réclamaient plus, semble-t-il, qu'une composition unique (Gesammtsumme), qui était partagée entre le lésé et la collectivité.

Au haut moyen âge, la distinction entre l'action civile et l'action pénale n'était pas établie. Elle est le résultat de l'évolution de la pensée juridique des siècles suivants. D'ailleurs, elle n'avait pas une importance capitale à cette époque puisque, selon certains auteurs [4], la composition avait le double caractère de peine et de réparation.

Lorsque la forme du gouvernement devint monarchique, la procédure prit un caractère purement accusatoire: « Wo kein Kläger ist, ist kein Richter ».

Les troubles incessants de cette époque féodale ont cependant profondément entravé l'action des tribunaux. Aussi voit-on apparaître le Gograve (Gaugraf, Gograf), puis la Sainte-Wehme [5]. L'institution de ces pouvoirs répressifs, visant uniquement la punition du délinquant, ne tenait pas compte des intérêts du lésé ou du moins ne les prenait que très imparfaitement en considération.

---

[1] Daguin, p. X.
[2] Daguin, p. XI.
[3] Schöncke, p. 6.
[4] Schmidt, cf. Schöncke, p. 7.
[5] Association libre et secrète, dont l'existence est ensuite officiellement reconnue. Son but était la répression des crimes.

Le Miroir de Saxe et le Miroir de Souabe, au XIII^e siècle, ne modifient pas le caractère purement accusatoire de la procédure.

L'Eglise catholique, dont la puissance commence à se manifester à la même époque, institue une justice ecclésiastique dont la procédure, inquisitoire, s'infiltre dans la pratique des tribunaux laïques. Mais ce n'est que vers la fin du XV^e siècle que ce mouvement prend une certaine extension. Cette procédure n'offrait au lésé aucune possibilité d'obtenir réparation.

Deux ouvrages célèbres voient le jour au XVI^e siècle: l'ordonnance criminelle de Bamberg, en 1507, qui a servi de base et de modèle à l'ordonnance criminelle de l'Empereur Charles-Quint et du Saint-Empire romain (Constitutio criminalis Carolina — CCC —, ou plus simplement Carolina ou Caroline), de 1529. Le principe de l'accusation est encore maintenu, mais le juge peut, en l'absence de dénonciation et si la clameur publique le réclame, se saisir d'office.

Plusieurs auteurs allemands ont cru découvrir dans la Caroline certaines dispositions relatives à l'action civile [1]. L'origine de cette action est difficile à établir; elle est, de plus, controversée. D'aucuns la voient déjà dans certains coutumiers allemands, d'autres, dans les lois saxonnes et certaines traditions. Jordan, qui s'est aussi intéressé à cette question, déclare que la Caroline ne contient aucune disposition sur l'action civile ou une institution analogue. La plupart des juristes s'accordent à reconnaître que cette action a été favorisée par la doctrine et la pratique des tribunaux. Le fondement du procès adhésif semble résider dans la conception juridique allemande que le lésé doit obtenir une satisfaction et une réparation intégrales dans le même jugement [2].

Avec le développement des universités — dont la plupart, en Allemagne, sont acquises aux conceptions du protestantisme —, un vent contraire à tout ce qui est influencé par l'Eglise catholique commence à souffler dans le courant du XVIII^e siècle. Les réformes entreprises sont toutefois lentes et ce n'est qu'à la fin de ce siècle et au début du XIX^e siècle que l'on voit enfin

[1] Klenze, Hencke: cf. Schöncke, p. 9 et 13, et Daguin, p. XXXIX.
[2] Rosenfeld: cf. Schöncke, p. 11.

apparaître une législation nouvelle dans la plupart des Etats allemands. Le code d'instruction criminelle français, de 1808, puis le grand mouvement libéral qui bouleverse l'Europe en 1848 exercent une grande influence sur la procédure pénale allemande. Zachariae remarque que la majorité des procédures pénales de l'époque accueillent l'action civile conçue par le législateur français [1]. Selon Schöncke, 1860 en marque l'apogée [2]. Toutefois, en raison des modifications d'ordre territorial et surtout juridique, l'action civile subit bientôt une forte régression et, lors de l'introduction du code de procédure pénale allemand du 1er février 1877, douze Etats seulement l'appliquent encore. Le nouveau code ne la connaît pas, car elle ne présente, selon la conception généralement admise par les juristes allemands, aucun lien avec l'action publique. Toute action en dommages-intérêts fondée sur l'infraction doit donc être intentée devant le juge civil.

Depuis lors, plusieurs projets de réforme du code pénal et du code de procédure pénale ont vu le jour. De timides essais furent aussi entrepris pour donner, dans certains cas, satisfaction au lésé. Le projet d'une loi introductive au code pénal allemand de 1930, en particulier, prend en considération les intérêts de celui qui a souffert d'un dommage à la suite d'une infraction pour les raisons suivantes: satisfaction plus rapide de celui qui a subi un dommage, économie d'un procès civil et, partant, mise à contribution moins fréquente du juge civil [3].

A noter que plusieurs auteurs allemands sont partisans de l'introduction de l'action civile dans la procédure pénale. Berlin [4] regrette qu'en raison de certaines difficultés d'application, toute l'institution ait été mise de côté. Ortloff, à l'encontre de la majorité des juristes, établit le fondement juridique de l'action civile d'une façon assez semblable à celui du droit français. Il tient compte de l'interdépendance qui existe entre les actions civile et publique découlant du même fait [5]. Dans des consi-

---

[1] Cf. Schöncke, p. 28.
[2] P. 28.
[3] Schöncke, p. 51.
[4] P. 37.
[5] Matti, p. 12.

dérations *de lege ferenda*, Schöncke se montre partisan d'un système semblable à celui qui est en vigueur au Mexique: la réparation du dommage doit être combinée avec la peine et constituer une partie intégrante de celle-ci. Le choix des tribunaux civils ou pénaux doit être laissé au lésé pour faire valoir des prétentions civiles [1].

Comme nous venons de le voir, le développement de la procédure pénale en droit français, plus particulièrement en ce qui concerne l'action civile, diffère totalement de celui du droit allemand. Chez les peuples primitifs de la France actuelle, la vengeance n'était légitime que lorsqu'elle suivait l'offense. La poursuite, qui en était l'expression, ne pouvait donc être exercée que par les parties offensées [2]. Mais les pouvoirs publics une fois constitués, le lésé était toujours partie au procès pénal. Si ses droits ont été quelque peu limités, c'est que, par l'institution d'un ministère public, il n'était plus obligé de soutenir l'accusation, rôle qui incombe à présent à un magistrat

Rien de pareil dans la procédure pénale allemande. La partie civile n'est pas le résultat d'une évolution historique ancienne [3]. C'est la doctrine et la jurisprudence qui l'ont créée. D'ailleurs, elle est apparue assez tard sur la scène des débats. Même si certains auteurs prétendent qu'elle existait déjà au temps de la Caroline, ce n'est guère qu'au XIX^e^ siècle — on peut l'affirmer à coup sûr — que les intérêts du lésé ont été pris en considération dans la procédure pénale.

Le fait que le droit allemand ne considère pas le lésé qui « dénonce » l'infraction au juge comme un plaignant ou une partie a eu une répercussion sur la dénomination de la procédure engagée. Puisque celle-ci traitait aussi bien une action civile qu'une action pénale, on estima qu'il s'agissait d'un procès mixte (gemischter Prozess) ou d'un procès sur dénonciation (Denunziationsprozess), parce que l'on n'entendait pas seulement par dénonciation la communication au juge de l'infraction,

---

[1] Schöncke, p. 145 s.

[2] Faustin Hélie, t. I, n° 411, p. 478.

[3] Du moins théoriquement, puisque le droit en vigueur ne l'admet point.

mais tous les actes nécessaires à entreprendre pour obtenir la réparation du délit. Toutefois, ces expressions se révélèrent bientôt insuffisantes pour marquer le genre du procès intenté et le différencier d'autres procédures. Le procès pénal fiscal (fiskalischer Strafprozess) constituait aussi un procès mixte. D'autre part, la dénomination « procès sur dénonciation » n'était pas toujours exacte puisque, indépendamment d'une telle dénonciation, le lésé était autorisé à exercer ses prétentions civiles dans le procès pénal intenté d'office. C'est alors qu'Eschenbach conçut le terme d' « Adhäsionsprozess » — procès adhésif ou par voie d'adhésion —, qui fut aussitôt admis par la doctrine et la jurisprudence [1].

Cette expression convient parfaitement à la conception juridique allemande. Comme nous le verrons, le lésé ne peut participer au procès pénal que si des conditions bien déterminées sont remplies. Il n'est pas partie, comme en droit français ou bernois. Ce n'est que pour des raisons d'opportunité — et non pour des raisons juridiques — qu'il peut faire valoir ses droits. Ainsi, il « adhère » davantage au procès comme intervenant qu'en qualité de partie civile proprement dite ou de plaignant.

IV. Droit bernois

Le code d'instruction criminelle français de 1808 a fortement influencé le « code de procédure pénale pour le canton de Berne » de 1854 et constitue, en quelque sorte, son modèle. C'est ainsi que l'action civile apparaît dans notre législation. Aussi jugeons-nous superflu d'exposer l'évolution de la procédure pénale bernoise avant cette époque. Elle était, jusqu'alors, régie principalement par la « Gerichtssatzung » de 1761 et par une trentaine de dispositions légales diverses réglementant la procédure pénale dans certains cas déterminés (Gelegenheitsgesetze).

En 1848, Moschard, devenu plus tard Conseiller d'Etat, élabora un « Projet de code criminel pour le canton de Berne ».

---

[1] Matti, p. 25, et Schöncke, p. 14 s.

L'année suivante parut un second projet sous le titre de « Projet d'un code sur la procédure en matière pénale, issu de la première délibération d'août 1849 »[1]. Après quelques modifications, le projet fut adopté, en 1850, comme code de procédure pénale. Les deux novelles des 11 décembre 1852 et 12 mars 1853 modifièrent certaines de ses dispositions, si bien que le Grand Conseil, tenant compte des changements intervenus, fit une refonte du code, qui entra en vigueur le premier août 1854 sous le nom de « Code de procédure pénale pour le canton de Berne » (25 avril 1854: décret du Grand Conseil; 29 juin 1854: ordonnance de promulgation).

L'article 3 prévoyait que l'action en réparation du dommage causé par un délit pouvait être poursuivie par tous ceux qui ont souffert du dommage, en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique. Dans les cas où la poursuite n'avait lieu qu'à la requête de la partie lésée, la renonciation à l'action civile (art. 4) ou la transaction entre la partie civile et le prévenu (art. 244) entraînait l'abandon de l'action publique. Toute personne civilement responsable d'une infraction pouvait être appelée devant l'autorité compétente pour connaître de la cause principale (art. 299). La voie d'appel lui était ouverte, ainsi qu'à la partie civile — quant aux intérêts civils seulement — lorsque la somme demandée était indéterminée ou dépassait la compétence en dernier ressort du juge civil suivant les règles établies par la procédure civile (200 fr.) — art. 452.

Malgré les avantages indéniables que présentait ce code sur la législation antérieure, certaines lacunes et imprécisions provoquèrent bien vite des difficultés d'application. Par le dépôt au parlement bernois, en 1893, d'une motion tendant à la revision de la procédure pénale, Wyss se fit le premier interprète des milieux juridiques. La direction de la justice du canton de Berne chargea, en 1906, le professeur Thormann d'établir un rapport sur la revision de la procédure pénale. Ce rapport, présenté le 6 juin 1906, contenait une critique du droit en vigueur et des propositions de revision. Il fut soumis à une commission d'experts

[1] « Entwurf eines Gesetzbuches über das Verfahren in Strafsachen, hervorgegangen aus der 1. Beratung im August 1849 ».

qui le discuta de décembre 1906 à février 1907. S'inspirant des travaux effectués, le professeur Thormann élabora un avant-projet de code de procédure pénale pour le canton de Berne, qu'il présenta en 1908. Deux ans après, la direction de la justice le soumit à une nouvelle commission d'experts qui mit sur pied, en octobre 1911, un nouvel avant-projet. L'article 3 avait la teneur suivante:

L'action en réparation du dommage causé par un acte punissable peut être poursuivie par tous ceux qui ont souffert du dommage, en même temps et devant les mêmes juges que l'action pénale. Seules font exception les réclamations civiles dont les parties n'ont pas la libre disposition.

Si le juge ou le tribunal trouve que la jonction de l'action civile est de nature à compliquer ou retarder notablement la poursuite pénale, il pourra la refuser dès l'introduction de la dite action.

L'action civile portée devant le juge pénal ne peut plus l'être devant les tribunaux civils, à moins que l'action publique ne puisse être poursuivie en raison de la mort du prévenu ou pour d'autres causes (art. 70, 196, 222, 236, 253, etc.).

Les réformes légales entreprises dès 1910 [1] et la guerre mondiale de 1914 à 1918 surchargèrent les pouvoirs publics et retardèrent la poursuite des travaux. On se demanda même si une revision partielle, du moins momentanée, ne serait pas indiquée. Toutefois, sur l'impulsion de la Société des juristes bernois, la direction de la justice institua, en décembre 1924, une troisième commission d'experts, qui prit l'avant-projet de 1911 comme base de discussion. Les travaux entrepris aboutirent, en septembre 1926, à l'élaboration d'un rapport au Conseil-exécutif, à l'intention du Grand Conseil, sur le projet d'un nouveau code de procédure pénale bernois. Il y a lieu de relever, en particulier, le passage se rapportant à l'action civile:

La condition de la partie lésée a de même été améliorée considérablement, tout d'abord par l'extension apportée à l'action civile en raison de faits punissables et, ensuite, particulièrement, par l'institution du droit d'intervenir comme plaignant, c'est-à-dire de participer à la procédure sans formuler de prétention civile.

---

[1] Préparation d'une loi introductive au CC; introduction du dit code; mise sur pied d'un tribunal de commerce; préparation d'un nouveau CPCB; réorganisation de l'administration des districts.

Le projet de la direction de la justice fut adopté presque sans changements le 20 octobre 1926 par le Conseil-exécutif, qui en saisit le Grand Conseil. L'article 3 était libellé comme il suit:

L'action en réparation du dommage causé par un acte punissable appartient à tous ceux qui ont souffert du dommage, et peut être poursuivie en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique. Ne font exception que les actions civiles dont les parties n'ont pas la libre disposition.

L'action civile portée devant le juge pénal n'est plus recevable devant les tribunaux civils.

Sont exceptés les cas suivants:

1. Lorsque l'action publique s'éteint par la mort du prévenu ou en raison d'autres circonstances (art. 69, 200, 227, 242, 260, etc.);

2. Lorsque le juge pénal, considérant que la jonction des actions publique et civile pourrait nuire à la poursuite de l'infraction, refuse d'emblée d'opérer cette jonction ou décide, au cours de la première instance, d'éliminer l'action civile. Le juge ne peut alors mettre à la charge de la partie civile aucun frais; quant aux frais des parties, ils seront réglés dans la procédure civile. L'ordonnance de disjonction doit être motivée par écrit. La partie civile et le prévenu peuvent l'attaquer, dans les cinq jours de sa signification, par un recours écrit et motivé. S'il y a recours, le juge en avise la partie adverse et saisit sans retard la Chambre d'accusation. Dans un nouveau délai de cinq jours à compter de l'avis reçu, il est loisible à la partie adverse de soumettre ses observations par écrit à la Chambre. Celle-ci prononce à bref délai et sans débats;

3. Lorsque la partie civile retire l'action qu'elle a portée devant le juge pénal et la défère au juge civil, par convention avec le prévenu. Le retrait de l'action civile n'est opérant toutefois que si l'une des parties a payé, après taxation par le juge, les frais de procédure causés par la dite action.

Devant le juge civil, l'instance est toujours introduite par remise d'un mémoire de demande (art. 156 c. proc. civ.). Le dossier pénal y pourra servir de moyen de preuve.

Au vu de ce projet, une commission parlementaire rédigea, de novembre 1926 à juillet 1927, un projet de code de procédure pénale bernois (projet commun du Conseil-exécutif et de la commission, des 4/8 juillet 1927). A part quelques modifications d'ordre rédactionnel, l'article 3 était identique à celui du projet du Conseil-exécutif du 20 octobre 1926. Un amendement fut apporté au dernier paragraphe, qui fut ainsi rédigé:

Devant le juge civil, l'instance sera introduite sans préliminaire de conciliation, en conformité des art. 156 ou 294 du C.P.C. Le dossier pénal pourra servir de moyen de preuve.

Se fondant sur ces différents projets, le professeur Thormann rédigea, en juillet 1927, un « Exposé des motifs du projet de code de procédure pénale bernois » dans lequel il délimite comme il suit la portée de l'action civile:

L'article 3 s'applique à l'action civile dérivant d'un acte punissable, ceci pour faciliter la réparation du dommage causé à la victime. Mais contrairement à une ancienne pratique des tribunaux, le projet accueille toutes les actions civiles dérivant d'une infraction, non pas seulement l'action en dommages-intérêts. Néanmoins, de peur que la jonction de l'action civile et de l'action pénale ne complique ou ne retarde les poursuites, on a envisagé deux moyens d'y parer, qu'ignore le code de 1854. C'est, premièrement, la faculté laissée au juge d'éliminer l'action civile s'il trouve qu'une jonction des deux actions pourrait nuire à la poursuite de l'infraction, sa décision à cet égard étant susceptible de recours à la Chambre d'accusation. C'est, en seconde ligne, la possibilité pour le plaignant et pour le prévenu de convenir entre eux que l'action civile portée devant le juge pénal soit retirée et déférée au juge civil. Les parties auront ainsi une liberté de mouvement qui leur manque actuellement. Et, grâce à la convention qu'il leur est loisible de conclure, elles pourront aussi mieux sauvegarder leurs intérêts, pour les dépens par exemple.

Ainsi, le juge pénal pouvait toujours refuser d'opérer la jonction des actions publique et civile s'il le jugeait nécessaire et sa décision pouvait être attaquée par la partie civile et le prévenu. Toutefois, l'institution d'une voie de recours pour cette question préjudicielle était certainement en contradiction avec les directives du rapport de la direction de la justice, de septembre 1926. En effet, ce texte déclare, entre autres, que l'abolition de l'appel en matière de questions préjudicielles et incidentes — en tant, du moins, que la décision rendue sur ces questions n'aura pas terminé l'instance — contribuera de même à rendre la procédure moins compliquée et à l'accélérer.

Les membres de la commission parlementaire et du Conseil-exécutif ont certainement été rendus attentifs sur le point précité puisque, dans leur proposition commune pour la seconde lecture, en date des 17 et 18 janvier 1928, il n'est plus prévu que

la partie civile et le prévenu puissent attaquer la décision du juge pénal qui se refuse d'opérer la jonction des actions publique et civile. L'article 3 se présente, en effet, avec la teneur suivante:

L'action en réparation du dommage causé par un acte punissable appartient à tous ceux qui ont souffert du dommage et peut être poursuivie en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique. Ne font exception que les actions civiles dont les parties n'ont pas la libre disposition.

L'action civile portée devant le juge pénal n'est plus recevable devant les tribunaux civils.

Sont exceptés les cas suivants:

1. Lorsque l'action civile est écartée de la procédure pénale parce que sa jonction n'est pas jugée licite;

2. Lorsque l'action publique s'éteint par la mort du prévenu ou en raison d'autres circonstances;

3. Lorsque le plaignant convient avec le prévenu de déférer au juge civil l'action civile qu'il avait portée devant le juge pénal. Le retrait de l'action civile n'est opérant toutefois que si l'une des parties a payé, après taxation par le juge, les frais de procédure causés par la dite action;

4. Lorsque le jugement complet de l'action civile exige une administration des preuves qui allongerait démesurément la procédure. Dans ce cas, le juge pénal a, par exception, le droit d'adjuger l'action civile en principe et de renvoyer les parties devant le juge civil pour liquider le montant de la réparation due.

Devant le juge civil, l'instance est toujours introduite sans préliminaire de conciliation, en conformité des art. 156 ou 294 du Code de procédure civile. Le dossier pénal peut y servir de moyen de preuve.

Cet article devait encore subir des modifications avant de prendre sa forme définitive. Le 31 janvier 1928, le Grand Conseil du canton de Berne accepta, à l'unanimité, le code de procédure pénale actuellement en vigueur. Dans un message qu'il adressa au peuple bernois en mars 1928, le Grand Conseil signalait comme une des innovations principales, les prérogatives conférées à la partie civile:

« .....

L'article 3 s'applique à l'action en réparation du dommage causé par le délit, dont l'exercice est quelque peu élargi.

...Le plaignant n'intervient plus au procès pénal uniquement pour intenter l'action prévue à l'article 3, c'est-à-dire lorsqu'il est partie civile: il peut y intervenir aussi à seule fin de requérir la condamnation

pénale du prévenu, mais à condition de manifester expressément sa volonté de prendre une part active au procès. On y verra un avantage surtout dans les cas de calomnie et diffamation, vu que l'art. 49 CO a beaucoup réduit le droit à une réparation morale. Cela permettra d'ailleurs, dans les causes où le ministère public est absent, d'avoir des débats vraiment contradictoires.

Accepté en votation populaire du 20 mai 1928, le code de procédure pénale du canton de Berne entra en vigueur le 1er octobre 1928.

§ 3. — STRUCTURE ET ÉLÉMENTS ESSENTIELS DE L'ACTION CIVILE EN PROCÉDURE PÉNALE FRANÇAISE ET ALLEMANDE

I. Droit français

Le premier article du code d'instruction criminelle est ainsi conçu:

L'action pour l'application des peines n'appartient qu'au fonctionnaire auquel elle est confiée par la loi.

L'action en réparation du dommage causé par un crime, par un délit ou par une contravention peut être exercée par tous ceux qui ont souffert de ce dommage.

La différence entre l'action publique et l'action civile est donc nettement établie. Cette dernière — une action de droit privé — découle du code civil, qui dispose à son article 1382 que

tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

On ne pourrait cependant pas en déduire que tout fait ayant causé un dommage peut être porté devant la juridiction pénale. L'action civile a une portée plus restreinte que celle qui peut être intentée en vertu de l'article 1382 CCfr. Elle a un caractère criminel et n'a pour objet que la réparation du dommage causé par l'infraction.

Les règles fondamentales de la procédure veulent qu'une action issue du droit privé ou du droit pénal soit portée devant l'autorité compétente au moyen de la procédure civile ou pénale. Cependant, l'article 3, 1er alinéa CICr formule une exception à ce principe et déclare que

l'action civile peut être poursuivie en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique.

Le lésé peut ainsi choisir la voie civile ou l'action pénale pour faire valoir ses droits civils. Mais pourquoi cette exception, d'une portée si considérable, à un principe fondamental ? Elle est due à certaines analogies existant entre les actions publique et civile:

a) Toutes deux dérivent du même fait: l'infraction.

b) Elles tendent au même but: la réparation du dommage causé par l'infraction.

c) Le juge qui se prononce sur le caractère illicite de l'acte est mieux à même que quiconque pour statuer sur le préjudice occasionné. Il est donc de bonne politique de lui confier la destinée des deux actions dont la provenance est la même. Ce procédé est plus efficace pour la lutte contre la criminalité.

d) L'action publique et l'action civile se fondant sur les mêmes faits, il importe tout d'abord de savoir si une infraction a été commise. C'est au juge pénal qu'il appartient de se prononcer à ce sujet. Or, il serait inconcevable que ledit juge statuât sur l'action publique et que le juge civil, saisi de l'action civile, ne tînt pas compte des faits établis par le premier. Il s'ensuit nécessairement qu'une solution doit intervenir en premier lieu pour l'action publique. C'est ce qui ressort de l'article 3, 2e alinéa CICr, qui dispose:

> elle (l'action civile) peut aussi l'être (poursuivie) séparément: dans ce cas, l'exercice en est suspendu tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique intentée avant ou pendant la poursuite de l'action civile.

C'est la consécration du principe: « Le criminel tient le civil en état ».

Ainsi donc, on gagnera du temps en portant l'action civile devant le juge pénal, car bien que ce dernier ait à statuer sur deux actions, une solution interviendra plus rapidement que si une procédure civile doit être reprise ou intentée.

e) Des considérations développées sous *d*), il ressort enfin que les frais seront forcément moins élevés pour l'Etat, l'auteur du dommage et même le lésé si un seul procès est engagé.

D'autres questions d'ordre juridique et pratique ont amené le législateur français — et d'autres aussi — à justifier la réunion de deux actions de nature différente dans une même procédure.

Si, pour une raison quelconque (mort du prévenu, amnistie, chose jugée, abrogation de la loi), l'action pénale est irrecevable, l'action civile ne peut être portée devant le juge pénal. D'autre part, elle ne peut l'être que parallèlement à une action publique dirigée contre l'auteur de l'infraction. Il ne suffirait pas, par exemple, d'actionner uniquement une personne civilement responsable.

La question du for ne saurait présenter aucune difficulté puisque, par la réunion des deux actions dans la même procédure, le juge pénal est aussi compétent pour connaître de l'action civile.

Etant donné qu'il faut une infraction, que l'action pénale soit recevable et qu'un juge compétent soit désigné pour qu'une action civile puisse être intentée, cette dernière ne peut donc être portée devant la juridiction pénale qu'accessoirement. La compétence, du point de vue des intérêts civils, est en corrélation directe avec la compétence du point de vue pénal.

Si l'on constate, au cours de l'instruction ou des débats, que l'acte incriminé n'est pas prévu par la loi ou que le prévenu n'est, subjectivement, pas punissable, le juge pénal devra l'acquitter. L'action civile ne pourra donc être admise et celui qui a subi un dommage devra intenter une action ordinaire en dommages-intérêts devant les tribunaux civils. Pour des considérations d'ordre pratique (frais d'un second procès), les articles 358 et 366 CICr autorisent une exception à ce principe et permettent à la cour d'assises de statuer sur la requête de la partie civile dans les cas d'acquittement comme dans ceux d'absolution.

Le droit français a adopté le principe « electa una via, non datur recursus ad alteram », fondé sur l'idée qu'il n'est pas équitable que celui qui a volontairement choisi une juridiction

s'en dessaisisse unilatéralement lorsqu'une autre voie lui paraît meilleure pour exercer ses droits. Le renvoi à la juridiction civile n'est pas non plus possible lorsque le lésé et le prévenu le demandent d'un commun accord, ou lorsque la procédure pénale s'allonge par suite de l'examen de l'action civile.

Si l'action publique n'a pas encore été intentée par le ministère public, l'exercice de l'action civile met nécessairement la première en mouvement. Si celle-ci est déjà ouverte, le lésé peut intervenir au procès — mais seulement jusqu'à la clôture des débats — même s'il n'a pas porté plainte. Il peut aussi renoncer à l'action civile et se désister de la poursuite. Toutefois, ce désistement doit être notifié dans les vingt-quatre heures à partir du moment où le lésé déclare se porter partie civile. Il y a là non seulement un abandon de l'instance, mais aussi de l'action.

L'action civile tend à la réparation du dommage causé par une infraction. Les articles premier CICr et 1382 CCfr ne précisent toutefois pas ce qu'il faut entendre par un dommage. Celui-ci constitue la privation ou la lésion d'un bien, appréciable en argent ou non. Aussi admet-on que le dommage matériel comme le dommage moral peuvent faire tous deux l'objet de l'action civile.

La réparation du dommage varie selon la nature de la lésion. Dans certains cas où le droit de propriété ou de possession est établi sur des choses soustraites qui ont été retrouvées, la restitution suffira peut-être pour satisfaire le lésé. Lorsqu'il n'en est pas ainsi, l'action civile tendra à des dommages-intérêts qui pourront être combinés avec la restitution. Les dommages-intérêts et la restitution ont donc un but commun: la réparation de l'acte incriminé. Ils se distinguent cependant l'un de l'autre en ce que les dommages-intérêts constituent un dédommagement indirect, tandis que la restitution répare directement les suites de l'infraction. De plus, la restitution a lieu d'office, alors que les dommages-intérêts ne sont accordés que sur demande.

Le droit français admet que les frais de justice font aussi partie de l'objet de l'action civile, car ils constituent la réparation soit envers l'Etat, soit envers la partie civile, d'un dommage spécial causé par le délit.

Selon l'article premier, 2e alinéa CICr, tous ceux qui ont souffert du dommage causé par une infraction peuvent exercer l'action civile. Le lésé, c'est-à-dire la victime du délit, est naturellement la première personne autorisée à demander réparation. Mais on peut être lésé personnellement sans être directement victime d'un crime, d'un délit ou d'une contravention [1]. Le mari peut donc poursuivre, en son propre nom, la réparation de l'injure faite à sa femme. Le père a le même droit en ce qui concerne ses enfants. Quant aux héritiers d'une personne lésée, il faut distinguer différents cas [2]:

1. L'infraction a été commise antérieurement à la mort de la victime:

a) Les héritiers peuvent se porter partie civile si l'infraction a lésé la fortune du défunt, car les héritiers sont directement atteints par la perte des biens dont ils sont devenus propriétaires en vertu du droit successoral:

b) Les héritiers peuvent se constituer partie civile si l'infraction a lésé des biens innés du défunt, tels que sa santé, et sa liberté, car l'acte punissable a causé un dommage matériel ou moral dont réparation leur est due.

c) Les héritiers ne peuvent se porter partie civile s'il s'agit d'une injure ou d'une diffamation à l'égard du défunt, car ils ne subissent personnellement aucun dommage. Ils peuvent toutefois continuer l'action intentée du vivant du *de cujus*.

2. L'infraction a causé la mort de la victime:

L'action civile appartient aux héritiers, ainsi qu'à ceux que l'infraction a lésés dans leur patrimoine, même s'ils ne sont pas des héritiers, par exemple des ascendants au bénéfice d'une pension alimentaire.

3. L'infraction a été commise après la mort de la personne lésée:

---

[1] Garraud, p. 616.
[2] Id.

Les héritiers peuvent se porter partie civile, non pas en leur qualité d'héritiers, mais comme victimes du délit si l'injure, par exemple, atteint l'ensemble de la famille. Ils ne le peuvent si l'injure n'est manifestement dirigée que contre le défunt.

Le créancier du lésé tombé en faillite peut aussi se constituer partie civile.

Qu'en est-il du cessionnaire ? La question est controversée, mais l'opinion dominante lui reconnaît également le même droit.

Seule, la personne ayant qualité au sens de la législation civile peut intenter l'action civile. Le père ou le tuteur doit donc porter l'action, au nom du mineur émancipé, devant le juge pénal. Le mineur émancipé peut agir librement. La femme mariée agira en son nom avec le consentement de son mari. Les personnes morales se conformeront aux lois, règlements ou statuts qui établissent leur existence et observeront les règles de représentation qu'ils contiennent. Une caution pourra être exigée d'un étranger qui n'a pas d'immeubles en France, si le prévenu français en fait la demande.

L'action civile peut être intentée contre l'auteur et le complice d'une infraction, que celle-ci ait été commise volontairement ou par négligence. Il faut cependant que la culpabilité du prévenu soit reconnue. Ainsi, un insensé ou un mineur inconscient ne répondra pas du dommage qu'il a causé, car l'idée de faute est inséparable de l'idée de responsabilité. Celui qui provoque une lésion en état de légitime défense n'est pas passible, lui non plus, de dommages-intérêts, puisqu'il n'a pas commis de faute. La personne civilement responsable peut être condamnée à réparer le dommage causé par un tiers, car le défaut de surveillance constitue une faute, qui est personnelle. La responsabilité civile ne porte cependant que sur la restitution, les dommages-intérêts et les frais; elle ne s'étend pas à la peine, la négligence ou l'inaction ne constituant pas un fait intentionnel. Une personne civilement responsable ne peut être attaquée que si l'auteur de l'infraction a la qualité de prévenu au procès pénal. Les héritiers des auteurs, complices, personnes civilement responsables sont tenus à restitution et à des dommages-intérêts. Lorsqu'une action civile est dirigée contre une femme mariée,

elle peut défendre ses intérêts sans le consentement de son mari Le droit de se défendre ne saurait être subordonné à l'autorisation de l'époux [1]. En revanche, le mineur doit toujours être assisté de son tuteur [2].

L'action civile, même portée devant les tribunaux répressifs, reste une action de droit privé. C'est ce qui explique que chaque action est régie, au cours de la procédure, par les lois qui lui sont propres. Ce principe constitue l'exception de la *maxime des débats*, qui s'applique à l'action civile. Cela résulte de la nature même de cette action, qui est de droit privé. Les règles de la procédure pénale s'appliquent toutefois, autant que faire se peut, à l'examen de l'action civile, notamment à l'administration des preuves.

Selon la maxime « nullus idoneus testis in re sua intellegitur », la partie civile n'est pas admise, en principe, comme témoin au procès. Elle peut toutefois être entendue, sous la foi du serment, par le tribunal correctionnel et la cour d'assises lorsque le lésé et le ministère public ne s'y opposent pas. De toute façon, et même contre la volonté des personnes précitées, la cour d'assises pourra demander l'audition de la partie civile. Le juge a évidemment intérêt à entendre le lésé car il est souvent seul en mesure de donner les plus précieux renseignements sur l'infraction [3].

La partie civile dispose des mêmes voies de recours que le lésé et le ministère public. Elles peuvent être utilisées pour l'action privée même lorsqu'elles ne le sont pas pour l'action publique. Dans ce cas, le jugement pénal n'est pas touché par le recours de la partie civile, et celle-ci peut recourir pour sauvegarder ses seuls intérêts même si le prévenu est acquitté. Le principe de la « reformatio in pejus » lui interdit toutefois de faire valoir d'autres prétentions. Le nouveau jugement ne peut porter atteinte au montant de la réparation allouée par l'autorité de première instance. Si le premier jugement est annulé en ce qui concerne l'action civile, celle-ci sera portée devant un

---

[1] Garraud, p. 624 s.
[2] Id.
[3] Schöncke, p. 71.

autre tribunal qui statuera à nouveau. Dès qu'elle a été jugée, elle est donc absolument indépendante de l'action publique, mais elle ressortit toujours aux tribunaux répressifs.

L'action civile peut s'éteindre par transaction, renonciation, en vertu du principe de la chose jugée et par prescription. Comme l'action publique, l'action civile se prescrit par un an, trois ans ou dix ans dès le jour de l'infraction, selon la gravité de celle-ci (contravention, délit, crime). Le législateur français a admis que les deux actions ne sauraient avoir de prescription différente, car si celle de l'action civile était de plus longue durée que celle de l'action publique, le lésé pourrait intenter son action et faire établir une infraction que le ministère public ne serait plus à même de poursuivre. En outre, le principe de la prescription identique s'explique du fait que le lésé, qui est souvent le premier à connaître l'infraction, doit être l'auxiliaire le plus actif de la partie publique. C'est à lui qu'il incombe, par conséquent, d'informer les autorités en temps utile pour leur permettre d'ouvrir une enquête. Tout acte interruptif de la prescription pour l'une des deux actions fait bénéficier l'autre du même avantage. Elles sont irrecevables une fois prescrites. Pour les condamnations civiles, la prescription court dès le jour où le jugement est devenu exécutoire.

II. Droit allemand

Ainsi que nous l'avons dit à la page 34, le code de procédure pénale allemand, du 1er février 1877, ignore l'action civile. Avant l'unification politique et législative de l'empire allemand dans la seconde moitié du XIXe siècle, plusieurs Etats de ce pays accordaient au lésé la faculté d'adhérer au procès pénal pour la sauvegarde de ses intérêts civils. Nous exposerons de quelle façon les auteurs allemands envisageaient l'action civile et son application dans la procédure pénale. Certes, les opinions ne sont pas toutes concordantes. Sans entrer dans des détails, nous établirons les principes admis par la majorité des juristes.

Précisons dès l'abord que l'« action civile » ne peut pas être traduite par « Zivilklage » en droit allemand. Alors qu'en droit

français et bernois, celui qui subit un dommage est, dans toute l'acception du terme, partie au procès, il n'a, en droit allemand, que des droits limités. Ce n'est pas en raison de la relation interne existant entre l'action pénale et l'action civile — toutes deux issues de la même infraction — que celui qui a souffert dans ses biens peut participer à la procédure. Cette faculté lui est au contraire conférée pour des raisons d'ordre pratique. L'intérêt juridique faisant défaut, il est évident que l'on n'ait pas fait grand cas de la situation du lésé, qui est en quelque sorte toléré au procès par commodité. Il ne fait qu'adhérer à la procédure, où son intervention ne peut nullement influencer ou modifier les débats relatifs à l'action publique. D'où la dénomination d'« Adhäsionsprozess » — procès adhésif — à la procédure qui permet à la personne ayant souffert d'un dommage d'y participer. Cette terminologie, particulière au droit allemand, convient parfaitement à la notion de l'action civile telle qu'elle est conçue et détermine déjà, à elle seule, la position du lésé au procès.

Ces considérations permettent de tirer une première règle: l'action pénale est la principale et l'action civile l'accessoire. Il résulte de ce fait que celle-ci ne peut être portée en justice que s'il y a une procédure pénale. Si, pour une raison quelconque (par exemple le décès du prévenu ou la prescription), la procédure pénale prend fin sans jugement, l'action adhésive n'est pas possible. Il en est de même si la procédure se termine par un jugement et qu'au moment où celui-ci est rendu, l'action civile n'est pas encore en état, c'est-à-dire que tous les éléments pour statuer sur celle-ci n'ont pas encore été présentés au juge. Dans les cas de ce genre, le lésé peut avoir recours à la juridiction civile pour faire valoir ses prétentions.

Selon une autre règle découlant de la précédente et en étroite corrélation avec elle, l'action publique est « causa major » et l'action civile « causa minor ». Sa conséquence pratique se traduit tout naturellement par un traitement moins favorable des intérêts du lésé. En aucune façon, le déroulement normal de la procédure pénale ne peut être retardé par l'action civile. C'est pourquoi le juge pourra, même avant le procès, refuser de se saisir de

l'action civile. Si, durant le procès, des faits imprévisibles provoqués par la partie civile créent des difficultés de procédure ou des retards, le juge pénal pourra toujours renvoyer l'intéressé devant la juridiction civile. C'est la « Verweisung ad separatum » de la terminologie allemande [1]. Le juge pénal a la faculté de renvoyer le lésé devant les tribunaux civils. Ce dernier a toutefois, selon certains auteurs, un droit de recours contre tout renvoi injustifié [2].

Bien que l'action civile puisse être traitée dans une procédure pénale, elle demeure néanmoins une action de droit privé qui relève, par conséquent, des règles de droit civil, tout en s'adaptant aux formes de la procédure pénale. Le juge pénal devra donc être compétent *ratione materiae* pour statuer sur un litige de droit civil. Afin d'être partie au procès, le lésé et son mandataire devront remplir les exigences de la procédure civile. Il en est de même en matière d'administration des preuves.

Le fait de se constituer partie civile devant le juge pénal ne met pas en mouvement l'appareil judiciaire. Pour « adhérer » valablement, il faut que les autorités répressives soient déjà saisies d'une action publique.

La dénonciation de l'infraction n'autorise pas encore l'adhésion. Il faut une demande expresse de laquelle il appert qu'un dommage a été causé. La requête, qui peut être faite verbalement ou par écrit, doit être motivée et les chances de succès rendues vraisemblables. Elle peut déjà être présentée à l'autorité compétente pendant l'instruction, mais au plus tard jusqu'à la fin des débats. La valeur litigieuse n'a pas besoin d'être précisée. Quant au for, il paraît naturel d'admettre que c'est celui du lieu où l'infraction a été commise. Cependant, comme l'action adhésive reste soumise aux règles de la procédure et du droit civils, tout en s'accommodant à la procédure pénale, certains auteurs se sont demandés si la juridiction compétente ne pourrait pas être celle qui est prévue par la procédure civile. En soutenant

---

[1] Matti, p. 31.
[2] Berlin, p. 18.

un tel raisonnement, on en arriverait à dire que l'action pénale doit être intentée au for civil, ce qui est contraire au principe « causa major, causa minor ». D'autre part, le juge pénal pourrait refuser de prendre en considération l'action civile dans le procès pénal et renvoyer l'intéressé devant la juridiction civile, de sorte que, dans tous les cas de ce genre, le procès adhésif ne serait plus possible.

Le lésé et ses héritiers ont qualité pour intenter une action adhésive contre l'auteur de l'infraction. Les héritiers du délinquant ont également le droit de résister à l'action lorsque l'instruction n'est pas terminée au moment du décès. La personne civilement responsable peut aussi être actionnée, puisque ce principe est admis par le droit civil.

Lors de l'instruction, celui qui a subi un dommage n'a pour ainsi dire aucun droit de partie. Il est vrai qu'à cette phase, la procédure est secrète et a uniquement pour but d'établir si une infraction a été commise. Le lésé peut cependant indiquer au juge des moyens de preuve et lui suggérer d'établir certains faits qui pourront lui permettre d'étayer ses conclusions. L'intervention ne devra toutefois, en aucun cas, ralentir la poursuite de l'instruction. Le lésé peut être entendu comme témoin car, selon la conception allemande, le juge pénal statue dans un même jugement sur deux actions totalement différentes et sans rapport entre elles. Les preuves servant à l'action civile doivent, autant que possible, répondre aux exigences de la procédure pénale. Le jugement de l'affaire pénale peut intervenir sans celui de l'affaire civile si cette dernière n'est pas en état au moment où le juge statue. Si celui-ci acquitte le prévenu, le lésé est renvoyé devant le juge civil lorsque, par exemple, une infraction n'a pas été établie ou qu'il n'y a pas de relation entre le fait incriminé et le dommage subi. Le droit allemand ne reconnaissant pas le caractère d'interdépendance des deux actions, l'acquittement ne règle pas automatiquement le sort de l'action civile. Continue-t-elle de ressortir aux tribunaux répressifs ou doit-elle être renvoyée à la juridiction civile ? Cette question est controversée. Si, selon la doctrine, il ne fait pas de doute que c'est cette dernière solution qui s'impose, certains auteurs, dont

Kleinschrod [1], s'accordent à dire que, pour des raisons d'ordre pratique, l'action civile relève toujours du juge pénal.

Le lésé dispose des voies de recours. Si elles sont utilisées pour l'action publique et l'action civile, le procès adhésif subsiste. En revanche, si seule la personne qui a souffert du dommage forme le recours, le procès devient purement civil et l'adhésion cesse. Le lésé ne peut pas recourir en appel contre la partie pénale du jugement.

L'exécution du jugement, sa force exécutoire, la prescription et les frais sont déterminés par la procédure civile.

III. Parallèle entre l'action civile française et l'action adhésive allemande

1. *Analogies.*

Le droit français et le droit allemand laissent au lésé la faculté de porter devant les tribunaux civils ou pénaux l'action civile issue d'une infraction.

La transaction ou le désistement qui ont lieu au cours du procès sur la question civile litigieuse n'influent nullement sur l'action publique.

La partie civile peut se joindre au procès pénal jusqu'à la clôture des débats.

L'action civile ne peut pas être dirigée uniquement contre une personne civilement responsable lorsque l'auteur de l'infraction n'est pas poursuivi dans un procès pénal.

Si chacune des actions reste soumise aux règles de la procédure civile et de la procédure pénale, l'action civile doit être traitée selon les règles de la procédure pénale lorsque ces dernières ne permettent pas l'application d'autres formes.

2. *Différences.*

En droit français, l'action civile a eu un développement normal et régulier jusqu'au XVII[e] siècle, où l'ordonnance de 1670 précisa les droits et attributions du lésé, du juge et du ministère public. Son fondement juridique repose sur sa relation interne

[1] Cf. Schöncke, p. 26.

avec l'action publique. Rien de semblable en droit allemand, où l'action adhésive n'a pas connu d'évolution historique. C'est une création des juristes du XIX^e siècle, que les tribunaux ont développée. Rares sont les auteurs qui lui accordent la *ratio legis* du droit français. Schwarze [1] et Berlin ne l'admettent que pour des raisons d'ordre pratique. Planck [2] déclare que la réunion des deux actions dans un même procès présente des avantages tant pour le lésé que pour le prévenu. Le lésé bénéficie de l'administration des preuves que l'Etat doit rassembler pour statuer sur l'action publique, et le prévenu est assuré de ne plus se voir réclamer des dommages-intérêts si sa culpabilité n'est pas établie. En outre, cette procédure permet d'empêcher des décisions divergentes quant à l'appréciation des preuves puisque les deux actions ne sont pas portées devant des autorités indépendantes l'une de l'autre. Ortloff [3] est un des seuls juristes allemands qui fonde le procès adhésif sur des bases assez semblables à celles du droit français, car il considère que les deux actions ont leur source dans le même fait dommageable.

En droit français, le lésé est vraiment partie au procès pénal et dispose de tous les droits inhérents à cette qualité. Il peut apporter toutes les preuves qui sont de nature à établir la culpabilité du prévenu, de sorte qu'il influence grandement l'action publique. Aussi est-il un précieux auxiliaire du ministère public. Selon les auteurs allemands, la partie civile ne profite, en quelque sorte, que d'une concession. Elle est autorisée à participer au procès pénal, mais seulement dans la mesure de ses intérêts civils.

Le droit français consacre le principe « una via electa, non datur recursus ad alteram ». C'est la maxime contraire qui est déterminante en droit allemand. Le déroulement du procès pénal ne peut, en aucun cas, être contrarié par l'action civile. Dès qu'elle provoque un obstacle (par exemple une administration des preuves allongeant la procédure), le juge peut renvoyer le lésé devant la juridiction civile.

---

[1] Cf. Matti, p. 11 s.
[2] Cf. Matti, p. 12 s.
[3] Id.

Le législateur français a favorisé le lésé qui présente son action devant le juge pénal, car celui-ci statue sur les deux actions en même temps. Si la personne qui a souffert du dommage intente son action devant le juge civil, celle-ci reste en suspens tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique ouverte avant ou pendant la poursuite de l'action civile (art. 3, 2e alinéa. CICr). Considérant qu'il s'agit de deux actions sans rapport entre elles, les juristes allemands ne voient aucun inconvénient à ce que le juge civil statue sur l'action civile sans égard à l'action publique issue de la même infraction.

Si l'on est en présence d'un jugement absolutoire ou si la culpabilité du prévenu ne peut être établie, le droit français ne permet pas l'examen de l'action civile (exception faite pour les cas ressortissant à la cour d'assises). Une infraction doit donc être établie et constituer une condition essentielle et nécessaire. Les auteurs allemands ne reconnaissent pas le système d'interdépendance du droit français. Ils admettent que l'action civile peut donner lieu à un jugement même s'il n'existe pas de délit.

Le principe allemand selon lequel l'action publique joue le rôle principal et l'action privée le rôle accessoire n'est pas admis en droit français. Il faut, dans ce dernier cas, qu'une infraction ait été établie avant que le juge pénal se prononce sur l'action civile. Il a l'obligation de statuer sur celle-ci dans le même jugement et ne pourrait, comme le droit allemand le permet, statuer uniquement sur l'action publique si elle est en état avant l'action civile.

Le droit français n'admet pas la maxime « causa major, causa minor ». Le juge doit enquêter sur tous les faits invoqués par le lésé. Peu importe si le jugement de l'action publique subit un retard de ce fait. La partie civile ne saurait donc être renvoyée devant le juge ordinaire si, avant ou pendant le procès, on constate que l'étude de la requête du lésé prolongera la procédure. Au contraire, partie au procès, le lésé collabore, en quelque sorte, avec le ministère public, qu'il seconde par tous ses moyens pour établir la culpabilité du prévenu.

En droit français, le for de l'action civile est nécessairement celui de l'action publique. En droit allemand, les auteurs ont

été contraints de se rallier à cette règle, car le procès adhésif n'eût pas été possible. Certains juristes se demandent toutefois si, en vertu de la nature différente des deux actions, le juge compétent n'est pas celui de l'action civile.

Bien que la partie civile puisse, dans certains cas, être entendue comme témoin, sous la foi du serment, devant le tribunal correctionnel et la cour d'assises ou même à titre d'information devant cette dernière, le droit français reconnaît, en principe, la règle « nullus idoneus testis in re sua intellegitur ». Se fondant sur la particularité des deux actions, les auteurs allemands ne l'admettent point.

En droit français, le fait d'intenter une action civile devant le juge pénal met en mouvement l'action publique. Tel n'est pas le cas en droit allemand puisque le lésé n'a que la faculté d'adhérer au procès.

Les juristes allemands considèrent que si le lésé recourt seul — recours qui ne peut porter que sur la partie civile du jugement —, le procès adhésif tombe et devient un procès purement civil, ressortissant à la juridiction civile. Rien de semblable en droit français, où le juge pénal reste saisi de l'action intentée par le lésé.

En droit français, la prescription de l'action civile est identique à celle de l'action pénale. La doctrine allemande conserve aux deux actions leur prescription propre.

II. PARTIE SPÉCIALE

LE DROIT BERNOIS

§ 4. — GÉNÉRALITÉS

Le principe de l'action civile en procédure pénale bernoise est énoncé à l'article 3 CPPB, qui est ainsi conçu:

L'action en réparation du dommage causé par un acte punissable appartient à tous ceux qui ont souffert du dommage, et peut être poursuivie en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique. Ne font exception que les actions civiles dont les parties n'ont pas la libre disposition.

L'action civile portée devant le juge pénal n'est plus recevable devant les tribunaux civils.

Sont exceptés les cas suivants:

1. Lorsque l'action publique s'éteint par la mort du prévenu ou en raison d'autres circonstances;

2. Lorsque le plaignant convient avec le prévenu de déférer au juge civil l'action civile qu'il avait portée devant le juge pénal. Le retrait de l'action civile n'est opérant toutefois que si l'une des parties a payé, après taxation par le juge, les frais de procédure causés par cette action;

3. Lorsque le jugement complet de l'action civile exige une administration des preuves qui allongerait démesurément la procédure. Dans ce cas, le juge pénal a par exception le droit d'adjuger l'action civile en principe et de renvoyer les parties devant le juge civil pour liquider le montant de la réparation due.

Devant le juge civil, l'instance est introduite dans tous ces cas conformément au Code de procédure civile. Le dossier pénal peut y servir de moyen de preuve.

Nous trouvons dans cet article les principaux éléments indiquant dans quelle mesure une action en réparation du dommage causé par une infraction peut être ouverte. Mais une seule

disposition légale ne saurait renfermer toutes les données nécessaires pour traiter complètement le problème de l'action civile. Celle-ci devant passer par toutes les phases de la procédure pénale, il est compréhensible que le CPPB comprenne un grand nombre de dispositions se rapportant soit aux parties en général — dispositions valables aussi bien pour le prévenu que pour le plaignant au pénal ou la partie civile proprement dite [1] — soit uniquement à celui qui intente une action en réparation du dommage causé [2]. C'est ce que nous examinerons en étudiant l'exercice de l'action civile [3].

Il ne faut cependant pas perdre de vue que la dite action a un caractère de droit privé et qu'elle ressortit au droit civil. Comme le CPPB ne contient que des règles de procédure pénale, nous devrons avoir recours au droit matériel et quelquefois même à la procédure civile [4] pour connaître les faits qui donnent naissance à l'action civile, son objet, les personnes qui peuvent l'intenter et celles contre qui elle peut être exercée. Ces derniers points étant d'importance capitale, nous les traiterons de façon

[1] *a*) Dispositions d'ordre général pouvant se rapporter aux parties:

art. 46, 47, 48, 54, 64, 70, 73.

b) Dispositions se rapportant aux parties, applicables au plaignant:

art. 32, nos 5 et 6, 35, 39, 53, 55, 60, 93, 95, 96, 98, 147, 183, 186, 188, 190, 192, 196, 197, 211, 215, 216, 218, 228, 229, 232, 236, 238, 241, 242, 244, 247, 248, 249, 250, 252 1er al., 266, 268, 269, 276, 277, 280, 284, 316, 317, 319, 321, 329, 338, 340, 343, 354.

c) Dispositions se rapportant essentiellement au plaignant:

art. 1, 43, 44, 45, 83, 84, 187, 200, 201, 202, 235, 252 4e al., 258, 260 2e al., 261 2e al., 263 1er al., 264, 278 3e à 5e al., 300, 305, 307.

[2] Dispositions se rapportant essentiellement à la partie civile proprement dite:

art. 3, 134, 199 3e al., 219 4e al., 224 2e al., 227, 231 3e al. 240, 259, 260 3e al., 261 3e al., 263 2e et 3e al., 293 no 6, 306, 309 3e al., 327, nos 4 et 6, 328, no 3, 337, 347, no 3, 349 1er al., 369, 372, 386 3e al., no 1.

[3] Cf. chapitre y relatif, p. 169 s.

[4] Il faudra se référer à la procédure civile dans les cas où l'action civile ne peut s'accommoder, pour des raisons inhérentes à sa nature, à la procédure pénale.

systématique avant de parcourir les différentes phases de la procédure pénale.

Avant d'examiner en détail les caractéristiques de l'action civile, il convient, afin d'éviter toute confusion, de la comparer à l'action publique, qui est traitée en même temps qu'elle et devant le même juge.

Analogies :

1. L'action civile et l'action publique ont toutes deux leur source dans le *même fait :* l'infraction;

2. Elles tendent au *même but :* la réparation du dommage causé par l'infraction;

3. Elles ont des *modes d'extinction* communs:

a) La prescription,

b) L'abandon de la plainte, pour l'action publique, lorsque celle-ci ne se poursuit que sur plainte;
la renonciation à l'action civile, quand elle a déjà été intentée;

4. Elles connaissent toutes deux le principe de la *chose jugée* (res judicata ou ne bis in idem);

5. Le *for* est le même, puisque l'action civile doit forcément être portée devant le juge qui est saisi de l'action publique [1].

6. Elles peuvent être traitées dans une *même procédure.*

Distinctions :

1. La *cause juridique* de l'action publique naît d'un crime, d'un délit ou d'une infraction réprimés par une loi pénale, celle de l'action civile, de la lésion d'intérêts particuliers;

2. *L'objet* de l'action publique est l'application d'une peine, celui de l'action privée, la réparation d'un dommage causé par un acte punissable;

3. L'action publique est *directe* et ne peut être intentée que contre l'auteur, le co-auteur, le complice ou l'instigateur

[1] P. 134 s.

de l'infraction. Elle s'éteint par la mort du prévenu [1]. En revanche, l'action civile résultant du délit peut être intentée tant contre les auteurs de l'infraction que contre leurs héritiers et la personne civilement responsable [2]. Elle est donc *directe et indirecte;*

4. Les personnes qui peuvent *exercer* les actions sont aussi différentes. L'action publique, qui appartient à la société, est exercée par des *fonctionnaires* spécialement désignés à cet effet. L'action civile l'est par la *personne lésée;*

5. Outre les *modes d'extinction* communs sus-indiqués, chaque action en a d'autres qui lui sont propres.

L'action publique s'éteint:

a) Par le décès du prévenu [3];
b) Par l'amnistie,
c) Par l'abrogation d'une disposition pénale,
d) Ensuite de pardon, dans les cas de diffamation ou d'adultère [4].

L'action civile s'éteint par transaction.

6. L'action publique peut être ouverte devant les autorités pénales *indépendamment* de l'action civile. Ce n'est pas le cas pour cette dernière, qui est une action adhésive, par conséquent *dépendante.*

7. L'action publique *s'éteint* pour les raisons indiquées sous 3 (analogies) et 5 (distinctions). Une condamnation pénale ne pourra donc pas être prononcée dans ces cas. Bien que la criminalité d'un fait ne puisse être établie, l'action civile *subsiste* et peut être portée devant la juridiction civile.

8. L'action civile — qui est une action de droit privé — peut ressortir au *juge civil* ainsi qu'au *juge pénal.* L'action publique doit être intentée devant les *tribunaux pénaux.*

---

[1] Art. 5 CPPB.
[2] P. 104 s.
[3] Art. 5 CPPB.
[4] C'est le cas en droit français (cf. Garraud, p. 671). Selon l'article 214, 4e alinéa CPS, le conjoint qui a consenti à l'adultère ou l'a pardonné n'a pas le droit de porter plainte.

§ 5. — QUI PEUT INTENTER UNE ACTION CIVILE ?

Selon l'article 3 CPPB, « l'action en réparation du dommage causé par un acte punissable appartient à *tous ceux* qui ont souffert du dommage ». Mais celui qui a subi un dommage dans le sens de cet article ne peut, *eo ipso*, en demander la réparation aux pouvoirs répressifs. Il doit, au préalable, observer certaines formalités expressément prévues par le CPPB. Aussi convient-il d'établir, tout d'abord, quelles sont les personnes qui peuvent participer au procès.

L'article 39 CPPB dispose à cet effet que le prévenu, le plaignant (partie civile) et le ministère public — ce dernier seulement aux débats et en procédure de recours — sont parties en matière pénale. L'article 43 CPPB précise que le « plaignant » est la partie qui déclare requérir la condamnation du prévenu et intervenir au procès pénal (art. 43, 1er al., ch. 1) et « quiconque porte devant l'autorité pénale, conformément à l'article 3, une action en réparation du dommage causé (partie civile proprement dite) » — art. 43, 1er al., ch. 2 —. La doctrine et la jurisprudence de langue allemande font une distinction en ce qui concerne le plaignant (Privatkläger), selon qu'il s'agit de celui qui requiert la condamnation pénale du délinquant (Privatstrafkläger) ou de celui qui réclame la réparation du dommage causé (Zivilkläger, Adhäsionskläger) [1] L'« action en réparation du dommage causé », dont il est question au chiffre 2 de l'article 43 CPPB, correspond à une « Zivilklage aus strafbarer Handlung » du texte allemand. Toutefois, la « Privatklage » du deuxième alinéa du même article est traduite en français par « action civile ».

On doit reconnaître que le texte français manque de clarté. Preuve en soit que l'on a dû indiquer entre parenthèses, à l'article 39 CPPB, que la dénomination de « plaignant » se rapporte aussi à la partie civile. A l'article premier CPPB, on pourrait croire que le mot « plaignant » ne se rapporte qu'à la

---

[1] Krauer, p. 65; Waiblinger, *ad* art. 43, p. 97; cf. en outre l'arrêt de la Chambre d'accusation, du 15 mars 1933, en la cause Félix Charpilloz, cité par cet auteur.

personne qui requiert la condamnation pénale du prévenu au sens de l'article 43, 1er al., ch. 1 CPPB puisqu'il est dit, également entre parenthèses, que la partie lésée peut aussi intervenir comme partie civile. On a donc fait une nette distinction entre le plaignant et la partie civile, ce qui n'était pas indiqué, puisque cette dernière, aux termes de l'article 43 CPPB, est plaignante. C'est l'article 39 LiCPS qui donne le plus bel exemple de cette incohérence. A le lire, on a nettement l'impression que la partie civile et le plaignant sont deux personnes absolument différentes[1]. Enfin, selon l'article 43 précité, qui ne devrait pas prêter à confusion, étant donné qu'il définit ce qu'il faut entendre par « plaignant », on s'est vu obligé de préciser sous chiffre 2 qu'il s'agit de la « partie civile proprement dite ». Dans un arrêt de la première Chambre pénale, du 7 octobre 1936, en la cause B. [2], il est dit, entre autres: « W. a déclaré se constituer partie plaignante et civile au sens de l'art. 43 Cpp... » On accorde, dans ce cas, le sens de « pénale » (partie pénale) à « plaignant », ce qui démontre combien cette dernière expression est employée à tort.

Nous pensons que le législateur n'a voulu avoir qu'une seule dénomination — le plaignant — pour désigner la personne privée intervenant au procès pénal. Toutefois, il aurait fallu tenir compte de la diversité des intérêts du plaignant. Celui-ci peut être, dans le cas de l'article 43, 1er alinéa, chiffre 1 CPPB, « plaignant au pénal », ou «plaignant pénal» (Privatstrafkläger) et selon le chiffre 2 «plaignant civil», «plaignant au civil» ou partie civile proprement dite. Pour plus de clarté, nous nous servirons donc de ces expressions chaque fois que nous aurons à faire une distinction entre les deux plaignants.

Si le CPPB de 1928 n'a pas modifié la notion de l'action civile telle que la concevait le code de 1854, il a étendu les droits de la partie civile. Comme nous venons de le voir, elle n'est plus désignée par ce terme, mais par celui de plaignant. Pouvant ainsi user de tous les droits qui lui sont reconnus en cette qualité,

---

[1] « Le lésé ne pourra se constituer partie civile, dans la procédure, ni y intervenir comme plaignant au sens de l'article 43 Cpp. »

[2] RJB 73/394, 396.

la partie civile peut aujourd'hui demander, outre la réparation du dommage causé par l'infraction, la condamnation du prévenu (art. 43, 1er al., ch. 1 CPPB). Elle dispose, à cet effet, de l'action « civile » prévue à l'article 43, 2e alinéa CPPB. Mais sa dénomination nous paraît inexacte. Si l'on s'en rapporte au texte allemand, on voit qu'il s'agit d'une « Privatklage », c'est-à-dire d'une action « privée » [1].

Cette expression, plus générale, convient parfaitement à la nature de l'action du plaignant. En effet, elle donne deux possibilités à celui qui l'intente. D'une part, il peut demander la condamnation pénale du prévenu [2] et d'autre part, la réparation du dommage causé [3]. Dans le premier cas, il ne peut donc s'agir d'une « action civile », comme l'indique le deuxième alinéa de l'article 43 CPPB. L'expression « action privée », traduction littérale de « Privatklage », ou simplement « action », nous paraît mieux convenir.

Les droits reconnus au plaignant au cours de la procédure se rapportent aussi bien au plaignant pénal qu'à la partie civile, car les principes auxquels le juge doit se conformer pour traiter l'action civile sont, en général, les mêmes que ceux de l'action pénale. Toutefois, il faudra s'en référer au droit civil ou à la procédure civile lorsque la nature de l'action l'exigera.

L'extension des droits de la partie civile par rapport à l'ancien CPPB constitue, à n'en pas douter, un gros avantage. Le lésé peut requérir, au cours des débats, l'établissement de preuves ayant pour but de démontrer l'infraction. Il peut ainsi, comme le plaignant pénal et le ministère public, influencer directement le procès pénal, ce qui est tout à son avantage car, la preuve d'un délit étant faite, il aura beaucoup plus de chance de voir ses prétentions civiles triompher. Or, l'appellation de « partie civile » ne correspondait plus au rôle que le lésé peut actuellement jouer dans la procédure, et c'est pourquoi

[1] Nous sommes probablement en présence d'une faute de traduction, car on se représente mal le plaignant intenter une action « civile » pour demander une condamnation « pénale ».

[2] Action privée à caractère pénal (cf. Krauer, p. 65: « private Strafklage »).

[3] Action civile proprement dite.

il est dénommé « plaignant ». Mais l'étendue des prérogatives de l'ancienne partie civile a amené automatiquement des risques plus grands. Le plaignant au civil, qui peut requérir la condamnation pénale du prévenu, est actuellement soumis aux mêmes obligations que le plaignant pénal et s'expose, suivant les cas, au paiement des frais de l'Etat et des dépens du prévenu lorsque ce dernier est acquitté ou que l'action publique est abandonnée (art. 260 s. CPPB).

Bien que le législateur ait formellement conféré les mêmes droits et obligations au plaignant pénal qu'à la partie civile, leurs intérêts peuvent toutefois être différents, ainsi que le démontrent les chiffres 1 et 2 de l'article 43 CPPB. Il résulte de cette constatation que l'action civile intentée par le plaignant ne peut être traitée de la même façon que l'affaire pénale. La preuve en est que le CPPB, qui contient des articles se rapportant, d'une façon générale, au plaignant, s'occupe spécialement de la partie civile dans d'autres dispositions [1]. Ainsi donc, bien que « plaignant » dans notre code actuel, la « partie civile » est restée une partie qui ne peut être assimilée en tous points au plaignant, car elle conserve des particularités dues à sa position spéciale dans la procédure et à la nature de l'action (civile) qu'elle a pour but de faire triompher dans le procès pénal.

On peut donc dire, au vu des considérations qui précèdent, que le plaignant est toute personne qui se constitue partie au procès pénal et qui entend réclamer la condamnation du prévenu, pénale ou civile, ou pénale et civile.

« Tous ceux » (art. 3 CPPB) qui ont souffert du dommage causé par un acte punissable doivent se constituer « partie » (art. 39 CPPB) au procès pénal pour faire valoir leurs droits et sont réputés « plaignants » (art. 43 CPPB). Le code emploie aussi le terme de «partie lésée» (articles premier; 43, ch. 1) pour définir celui qui subit un dommage par suite d'une infraction. La lésion est un élément indispensable pour que l'action civile puisse être intentée avec succès. Est considérée comme lésée, toute personne physique ou morale qui prétend éprouver directement et per-

[1] Voir note [2], p. 58.

sonnellement un dommage [1] dans ses droits protégés par des sanctions pénales lors de la commission d'une infraction [2]. Mais le CPPB, qui est une loi de procédure, n'a pas à préciser qui subit une lésion. Il se contente de spécifier quand, comment et sous quelle forme celui qui a souffert d'un dommage peut en demander la réparation. C'est donc le droit matériel qui indiquera quand un individu est lésé dans ses droits.

I. Cession

Le cessionnaire ne peut pas ouvrir valablement une action civile car, au moment où le délit a été commis, il n'était pas en possession du bien protégé par la loi. Le dommage qu'il subit n'est donc pas direct. Le cédant, en revanche, aurait pu intenter l'action avant la conclusion du contrat de cession, car l'infraction a eu une répercussion directe et immédiate sur ses intérêts. Dans le cas de rétrocession, nous lui reconnaîtrions volontiers à nouveau, ainsi que Waiblinger [3], le droit d'actionner civilement, contrairement à l'opinion de Matti [4] et de Krauer [5]. En effet, bien qu'à un moment donné, le cédant se soit dessaisi volontairement d'un bien lésé, il reste néanmoins la personne qui a éprouvé directement l'atteinte dommageable.

II. Subrogation ordinaire et subrogation légale

Qu'en est-il en cas de subrogation (art. 110 CO) ? On doit tenir le même raisonnement que pour le cessionnaire, car le tiers qui paie le créancier lésé n'a, lui non plus, pas subi personnellement et directement un dommage. La jurisprudence a toutefois créé une exception à ce principe en ce qui concerne *la subrogation légale d'institutions publiques*, telles que la Caisse d'assurance des fonctionnaires, employés et ouvriers fédéraux, la Caisse de prévoyance (caisse de secours) des fonctionnaires,

[1] P. 115 s.
[2] RJB 67/273; 73/394; Waiblinger, p. 96; Matti, p. 68; Matti dans RJB 52/329; Krauer, p. 75.
[3] P. 13.
[4] P. 69.
[5] P. 76.

employés et ouvriers de l'Etat à Berne, la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents et l'assurance militaire fédérale. Dans ces cas, et dès que certaines conditions sont remplies, les institutions précitées doivent intervenir automatiquement envers les ayants droit. Il est juste, dans ces conditions, qu'elles soient légalement subrogées aux droits des créanciers pour le montant qu'elles ont versé à ces derniers [1].

Il convient de faire une distinction entre la subrogation « ex lege » et la subrogation « ex contractu ». Cette dernière n'a lieu que par la volonté des parties et il n'en tenait qu'au lésé de ne pas contracter avec un tiers pour pouvoir actionner civilement l'auteur du dommage au cours du procès pénal intenté contre ce dernier. Tel n'est pas le cas pour les caisses susindiquées ou l'assurance militaire fédérale, car l'obligation de réparer le dommage leur est imposée et a pour conséquence leur subrogation d'office. Ainsi subrogée, l'institution ne doit pas nécessairement faire usage des droits dont elle bénéficie, mais il paraîtrait injuste de la priver de la possibilité d'ouvrir une action civile contre le prévenu, puisque c'est en vertu de la loi, et sans son consentement, qu'elle est substituée à l'auteur du dommage. Mais il y a plus ! Dès que le lésé a obtenu de l'institution la réparation du dommage, il ne peut plus la réclamer au prévenu, du moins jusqu'à concurrence du montant obtenu [2]. On en arriverait ainsi à dire qu'une action civile n'est plus possible lorsque tous les éléments pour l'intenter sont donnés. Ce serait, certes, aller trop loin que d'exiger dans un tel cas, une lésion *personnelle* et *immédiate* d'une personne *légalement subrogée*. Aussi partageons-nous la manière de voir de la Chambre pénale lorsqu'elle admet que l'assurance militaire fédérale et la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents ont qualité pour intenter une action civile [3].

---

[1] Art. 100 LAMA; 16 LAM; 14 des statuts de la Caisse d'assurance des fonctionnaires, employés et ouvriers fédéraux, du 6 octobre 1920; 19 du décret du 9 novembre 1920, avec les modifications des 18 novembre 1924 et 7 juillet 1936 concernant la Caisse de prévoyance des fonctionnaires, employés et ouvriers de l'Etat de Berne.

[2] RJB 58/342.

[3] RJB 71/92; 69/195; ATF 58 II 230; RJB 67/85.

Si l'institution ne répare pas la totalité du dommage, s'il n'est versé au lésé que 10.000 fr., par exemple, alors que le préjudice s'élève à 15.000 fr., quelle sera la situation de celui qui a souffert de l'infraction ? Nous sommes d'avis qu'il pourra se constituer plaignant et réclamer au procès pénal le montant qu'il n'a pas encore reçu en réparation, soit 5.000 fr., car le tiers n'est légalement subrogé qu'à concurrence de la somme versée par lui. Rien ne s'oppose, selon nous, à ce qu'il y ait plusieurs plaignants (parties civiles proprement dites) demandant la réparation d'une seule et même lésion, pourvu que les prétentions formulées n'excèdent pas le dommage subi par chacune des parties (10.000 fr et 5.000 fr.).

On peut ajouter, aux différents cas précités, ceux des sociétés assurant certains risques ou dommages. Si les assurés sont légalement obligés de contracter une assurance immobilière contre les risques d'incendie [1], nous estimons que la société qui subit un préjudice peut exercer l'action civile contre l'auteur de l'infraction, à condition qu'il ne soit pas le propriétaire de l'objet endommagé [2], bien que le délit n'ait pas été dirigé directement contre la société [3]. Paillot [4] conteste ce droit à la compagnie d'assurance dans le cas où un incendie a occasionné des dégradations à une maison voisine, parce que le préjudice subi n'est pas la conséquence directe du crime. Nous ne partageons pas ce raisonnement. Peu importe l'intention du coupable. Que l'infraction porte sur telle ou telle chose, un seul fait compte: la dégradation de l'immeuble assuré. Comme le préjudice a été directement provoqué par l'acte délictueux et que la compagnie d'assurance doit réparer le dommage en vertu d'obligations que lui impose la loi, elle peut, selon nous, se constituer plaignante (partie civile). En revanche, si la conclusion du contrat n'est pas obligatoire, nous contestons ce

---

[1] C'est le cas dans le canton de Berne.

[2] RJB 40/172.

[3] Cf. circulaire de la Chambre de police, du 16 mai 1908, selon laquelle l'établissement cantonal d'assurance contre l'incendie doit être avisé qu'un incendie a été causé, afin qu'il puisse se constituer plaignant au procès pénal et intenter une action civile.

[4] P. 39.

droit à la compagnie d'assurance en raison des considérations déjà développées à la page 66, 2e alinéa.

La communauté d'intérêts entre le subrogé et le lésé fait-elle naître entre eux un lien juridique et les intéressés deviendraient-ils, par exemple, solidaires quant au paiement des frais du procès dans le cas où leurs conclusions seraient rejetées ? Nous ne le pensons pas. Il est vrai qu'une entente entre les plaignants est désirable. Leurs moyens de preuve et leurs intérêts à l'issue du procès sont identiques. De toute façon, le lésé ne pourra actionner le prévenu que dans la mesure où il aura été dédommagé par le subrogé. Cependant, le rapport de droit qui les a unis n'a qu'un caractère interne absolument étranger au procès en cours. Chacune des parties a donc toute latitude d'agir indépendamment de l'autre. Si l'une d'elles réclame plus que le dommage effectivement subi, le juge la déboutera du montant réclamé en trop et pourra tenir compte de la réduction des prétentions accordées lors de la taxation des frais et dépens.

Si au moment où le dommage a déjà été causé, l'institution subrogée n'effectue pas son paiement par suite de la rupture du lien juridique l'unissant au lésé, ce dernier est à nouveau en possession de tous ses droits et peut actionner civilement le prévenu au procès pénal.

En admettant que le subrogé et le lésé puissent, dans certains cas, concourir au procès, nous avons, par là même, tranché une autre question similaire : si plusieurs personnes souffrent d'un même dommage causé par une seule et même infraction, celle-ci peut occasionner différentes lésions. En d'autres termes, « tous ceux » qui sont atteints par les suites dommageables d'un délit peuvent se constituer plaignants. Cela est conforme tant à l'esprit qu'à la lettre de la loi [1].

Comme dans le cas de subrogation dont il est question ci-dessus, et pour les mêmes raisons, nous nions tout rapport de droit entre les différents plaignants au procès.

---

[1] Cf. articles 3 et 43, ch. 2 CPPB.

III. Personnes morales

Les personnes morales, comme les personnes physiques, peuvent subir un dommage à la suite d'une infraction. Elles jouissent de la protection de la personnalité [1]. Lésées dans leurs droits protégés par une santion pénale, elles peuvent se constituer plaignantes. Le dommage doit donc être subi *directement* par la personne morale, et non seulement par ses membres. Si ceux-ci, aussi bien que la personne morale, se considèrent lésés, par exemple en cas d'injures, de calomnie ou de diffamation, les uns et les autres pourront actionner en justice. Comme la Chambre pénale l'a admis à juste titre dans son jugement du 20 mars 1930 en la cause Arthur Frey [2], une association de tailleurs ne peut pas se constituer plaignante contre un magasin de confection pour concurrence déloyale, car elle ne subit pas un préjudice dans ses intérêts personnels. En revanche, les attaques formulées dans des publications et circulaires contre l'association des opticiens suisses, attaques blessant l'honneur professionnel de ses membres, furent jugées comme préjudiciables à l'association, qui fut ainsi reconnue lésée et put se constituer plaignante [3].

Une association professionnelle pourra-t-elle intenter une action civile contre un individu qui exerce, sans titre et sans droit, une profession que la loi soumet à des conditions spéciales ? Il convient de constater, tout d'abord, que les restrictions apportées à l'exercice de certaines professions ont été dictées par le souci de protéger le public à l'égard de personnes inexpérimentées. Or, quiconque enfreint une disposition légale munie d'une sanction est passible de la peine prévue, et lorsqu'une infraction porte préjudice à des intérêts privés, elle donne naissance à une action en réparation en faveur du lésé. Nous ne doutons pas, dans le cas où un individu exerce illégalement une profession, qu'un préjudice est causé à l'égard de ceux qui ont légitimement acquis le droit de la pratiquer. Ils

[1] RJB 71/286; 67/273; Matti dans RJB 52/329; Egger et Oser-Schönenberger, dans leurs commentaires respectifs du CC, à l'article 53.
[2] RJB 67/273.
[3] RJB 71/286.

pourront donc intenter l'action civile. Même s'il leur est difficile d'établir l'étendue et la valeur du dommage, ce n'est pas là une raison suffisante pour que le principe de la réparation ne soit pas retenu. Quant à l'association, qui a précisément pour but de sauvegarder les intérêts de ses membres, elle n'admettra pas aisément qu'un tiers non autorisé puisse se prévaloir des prérogatives réservées à ceux qui remplissent des conditions professionnelles déterminées. Toutefois, elle ne subit pas, comme telle, une lésion directe. Si elle établit, en revanche, que l'exercice illégal de la profession [1] a jeté un discrédit intolérable sur la profession elle-même et sur ceux qui l'exercent légalement, que leur honneur professionnel est sérieusement compromis, nous n'hésitons pas à dire que ce sont ses intérêts personnels qui sont *directement* en jeu et qu'ainsi, elle peut se constituer plaignante.

Dans son jugement du 29 février 1940 en la cause Hehlen Ami [2], la première chambre pénale a admis que la chambre suisse de l'horlogerie peut intervenir comme partie dans les procédures ouvertes pour la répression d'infractions aux arrêtés du Conseil fédéral relatifs à la protection de l'industrie horlogère. Ce jugement a été confirmé par la cour de cassation du Tribunal fédéral.

IV. Héritiers

« Le mort saisit le vif » déclare un vieux principe juridique repris par notre législation civile et exprimé aux articles 537 et 560 CC. Ce dernier article dispose que « les héritiers acquièrent de plein droit l'universalité de la succession dès que celle-ci est ouverte. Ils sont saisis des créances et actions, des droits de propriété et autres droits réels, ainsi que des biens qui se trouvaient en la possession du défunt,... ».

Ainsi donc, l'héritier reprend la situation laissée par le défunt, mais dans la mesure seulement où les biens et les droits sont transmissibles. Les droits strictement personnels (art. 776,

---

[1] S'il l'a été contrairement aux règles fondamentales de son activité et s'il a, par exemple, provoqué des erreurs, des manquements, des faits irréparables (décès à la suite d'une opération chirurgicale pratiquée par un médecin non diplômé).

[2] RJB 77/314.

2e al. CC, art. 49 CO, etc.) ou qui s'éteignent au décès (usufruit, rente viagère, etc.) ne sauraient, en aucun cas, profiter aux héritiers. Nous admettons donc, en principe, que *l'héritier* peut exercer l'action civile. Outre les restrictions signalées ci-dessus, il convient de distinguer différentes possibilités, à savoir si l'action a déjà été intentée par le lésé avant son décès ou si, au contraire, celui-ci ne s'est pas porté partie civile. De plus, il y a lieu d'envisager les cas où l'infraction a causé la mort du défunt et ceux où l'acte délictueux est postérieur à la mort du *de cujus*.

Nous traiterons la question des héritiers se constituant plaignants au sens de l'article 43, 1er al., ch. 2 (partie civile proprement dite) sans aborder celle du plaignant pénal (art. 43, 1er al. ch. 1), qui ne fait pas partie de l'objet de notre travail.

1. L'infraction a été commise antérieurement à la mort du lésé, qui a déjà intenté une action civile sur laquelle il n'a pas encore été statué.

a) S'il s'agit de droits et de biens transmissibles, les héritiers sont incontestablement fondés à poursuivre le procès, car la lésion dont le défunt a souffert et pour laquelle il demandait réparation leur cause un préjudice direct, le patrimoine qu'ils recueillent se trouvant amoindri. Ils peuvent donc se porter partie civile, soit en leur nom personnel, soit en leur qualité d'héritiers.

b) Si l'infraction lèse des biens innés (santé, liberté, honneur du défunt), on ne peut pas dire que les héritiers sont personnellement lésés. Celui qui a subi un dommage avait toutefois manifesté l'intention d'en demander réparation par une action civile. L'offense subie n'était donc pas pardonnée. Quelle que soit la nature de l'infraction, l'action civile en résultant et dont les tribunaux répressifs sont déjà saisis au moment du décès est un bien que les héritiers recueillent avec le patrimoine. Nous estimons que, même dans ce cas exceptionnel, les héritiers peuvent, en leur qualité d'héritiers et non pas en leur nom personnel, poursuivre le procès ouvert par le *de*

cujus et se constituer plaignants au sens de l'article 43, 1er alinéa, chiffre 2 CPPB. Ils ne pourraient pas le faire, selon nous, en vertu de l'article 43, 1er alinéa, chiffre 1 CPPB, car seule a cette qualité la personne contre laquelle une infraction a été directement dirigée. Au reste, les droits du plaignant s'éteignent par la mort de son titulaire en ce qui concerne la partie pénale du procès [1].

2. L'infraction a été commise antérieurement à la mort du lésé, qui ne s'est pas porté partie civile.

L'article 28, 4e alinéa CPS dispose que « Si le lésé meurt sans avoir porté plainte ni avoir expressément renoncé à porter plainte, son droit passera à chacun de ses proches ».

Eminemment personnel, le droit de porter plainte ne devrait, normalement, pouvoir être transmis [2]. Le législateur fédéral ayant toutefois prévu que le diffamateur ou le calomniateur d'une personne décédée ou déclarée absente peut être poursuivi dans les trente ans qui suivent le décès ou la déclaration d'absence (art. 175 CPS), il eût paru injuste que les proches ne pussent actionner en réparation l'auteur d'une infraction commise du vivant du lésé, qui n'est plus là pour réclamer la condamnation du coupable. Les proches [3] pourront donc, en vertu de l'article 175 précité, se constituer plaignants (au pénal et au civil) conformément à l'article 43 CPPB, et actionner en leur propre nom et non pas en leur qualité d'héritiers.

Le code pénal bernois ne contenait pas de disposition semblable à celle de l'article 28, 4e alinéa CPS. A défaut de celle-ci, nous aurions exigé, pour les délits portant exclusivement atteinte à la personne du lésé, que les héritiers apportent la preuve que le défunt avait l'intention de porter plainte, comme

---

[1] Waiblinger, p, 99.

[2] Logoz, p. 122.

[3] Selon l'article 110, chiffre 2 CPS, les proches d'une personne sont le conjoint de cette personne, ses parents en ligne directe, ses frères et sœurs germains, consanguins ou utérins, ses parents et enfants adoptifs.

le prévoyait d'ailleurs le projet du CPS de 1918 [1]. La solution actuelle nous paraît plus généreuse.

3. L'infraction a causé la mort de la victime.

Si l'infraction a lésé des droits ou des biens transmissibles, l'action civile peut être ouverte par les héritiers. Comme celui qui subit directement le préjudice matériel n'est plus en mesure d'en demander la réparation, il va de soi que son droit passe à ceux qui lui sont substitués [2].

4. L'infraction est postérieure à la mort du *de cujus*.

Il s'agit ici d'un cas spécial, qui peut se présenter lorsqu'un individu calomnie ou diffame la mémoire d'une personne décédée ou déclarée absente. Le code pénal bernois ne contenait aucune disposition à ce sujet. Le CPS, qui fait œuvre novatrice, prévoit expressément à son article 175 la poursuite de celui qui a émis des propos diffamatoires ou calomniateurs contre une personne décédée ou déclarée absente. Il limite toutefois à trente ans, depuis le décès ou la déclaration d'absence, la possibilité d'encourir une peine pour l'auteur de l'infraction (2e alinéa). Les héritiers — soit les proches au sens de l'article 110, chiffre 2 CPS — peuvent donc incontestablement se porter plaignants au pénal (art. 43, 1er alinéa, ch. 1 CPPB). Pourront-ils aussi actionner civilement le prévenu ? Pour résoudre ce point, il convient de revenir à la notion du lésé, au sens étroit du terme. Si l'injure est uniquement dirigée contre la personne du défunt, et qu'elle ne rejaillit point sur ses héritiers, nous admettons que ces derniers n'ont pas qualité pour se constituer plaignants au sens de l'article 43, 1er alinéa, chiffre 2 CPPB. Si les offenses faites à la mémoire du défunt ont, en revanche, personnellement atteint et lésé ses survivants, si la diffamation visant le *de cujus* frappe toute sa famille et si l'intention de lui nuire personnellement peut être établie, les héritiers pourront se porter partie civile dans le procès pénal dirigé contre l'auteur du délit, car ils

---

[1] Art. 27, 2e alinéa, du projet CPS 1918: « Si le lésé meurt avant d'avoir eu connaissance de l'infraction ou de son auteur, ou s'il paraît établi que le lésé avait l'intention de porter plainte, le droit de porter plainte passera à ses proches. »

[2] Art. 45 CO.

seront personnellement, quoique indirectement lésés par l'infraction qui rejaillit sur eux en la personne du défunt [1].

Dans ce cas, ils agiront non pas en leur qualité d'héritiers, mais de leur propre chef, comme victimes du délit.

Il convient de traiter ici une question similaire à celle qui est développée sous chiffre 3. Les personnes qui ne sont pas héritières peuvent-elles se constituer partie civile lorsqu'elles subissent un dommage à la suite du décès de la victime causé par une infraction ?

Considérons une personne aisée et généreuse qui pourvoit bénévolement à l'entretien d'un orphelin. Elle est victime d'un assassinat. L'orphelin pourra-t-il se constituer partie civile ? Nous ne le pensons pas, car le défunt n'avait aucune obligation à l'égard de son protégé. Ce dernier ne jouissait que d'une faveur, et il n'a pas été lésé dans des droits protégés par une sanction pénale [2]. Aussi ne lui reconnaissons-nous pas qualité de se constituer plaignant [3]. Il en sera de même des habitants d'une commune qui ne paient pas d'impôts communaux à raison du fait que toutes les charges de la municipalité sont assumées par une personne que l'on vient de tuer. Et pourtant, les habitants subissent incontestablement un dommage du fait qu'ils devront, désormais, payer des impôts.

Avec Garraud [4] et Paillot [5], nous étions tenté d'admettre que ceux qui, sans être toutefois héritiers, subissent une perte dans leurs biens pouvaient se constituer plaignants. Garraud cite les cas de la veuve [6] dont le mari décédé était le soutien, le mari qui profitait des revenus de sa femme, les ascendants qui touchaient une pension alimentaire du défunt. Il est incontestable que ces personnes subissent un préjudice direct dans leurs intérêts pécuniaires qui pourra être indemnisé sur la base de l'article 45, 3e alinéa CO. Cela ne nous paraît pas suffisant.

---

[1] Garraud, p. 618.
[2] RJB 67/273.
[3] Opinion contraire: Krauer, p. 76.
[4] P. 617 s.
[5] p. 29.
[6] En droit français, la veuve n'est pas héritière de son mari, et vice-versa.

Selon le critère établi par la jurisprudence bernoise — critère que nous partageons —, il faut être lésé dans des droits protégés par une sanction pénale. Seul celui qui subit personnellement le dommage est au bénéfice de ces droits. Si l'on déclarait que cette manière de voir est erronée, on devrait alors convenir que si le défunt exécutait des obligations résultant soit d'un jugement (enfant illégitime reconnu sans effets d'état civil et au bénéfice d'une pension alimentaire), soit d'un contrat (rente viagère antérieurement à la charge du défunt) ou encore de la loi (art. 328 CC), le bénéficiaire pourrait se constituer partie civile. Même dans le cas susindiqué de l'orphelin ou des habitants d'une commune, on devrait aussi tenir le même raisonnement, puisque le patrimoine est l'objet d'un dommage direct. Mais cet élément est insuffisant, car il faudrait que la lésion que subissent les bénéficiaires privilégiés ou les obligations du *de cujus* fussent protégées par une sanction pénale. Celle-ci ne peut frapper le prévenu que pour les actes commis à l'égard de la personne qui a subi directement et personnellement le dommage. Il manque donc, dans les cas que nous venons d'examiner, un *rapport direct avec l'infraction*, rapport qui nous paraît tout aussi indispensable que le *préjudice matériel direct*. Aussi refuserions-nous aux personnes précitées le droit de se constituer valablement plaignantes.

V. Masse en faillite

Il n'y a pas que le décès qui substitue d'autres personnes à celle qui éprouve directement le dommage. Le principe développé pour les héritiers est applicable *mutatis mutandis* à la masse en faillite. Selon l'article 197 LP, « tous les biens saisissables du failli au moment de l'ouverture de la faillite forment une seule masse, quel que soit le lieu où ils se trouvent, et sont affectés au paiement des créanciers » ... L'expression « tous les biens » est trop générale, car seuls les biens qui ne sont pas soustraits à l'exécution forcée par une disposition formelle ou la nature des choses rentrent dans la masse [1]. Toutefois, les créances et autres droits ne font pas exception au principe [2]. La faculté du failli

[1] Jaeger: vol. II, p. 117.
[2] Id.

d'ester en justice subit donc aussi des restrictions. Dans quelle mesure ? [1] L'article 207 LP donne la solution: «Sauf les cas d'urgence, y est-il dit, les procès civils intentés par le débiteur ou contre lui sont suspendus et ne peuvent être continués qu'après les dix jours qui suivent la seconde assemblée des créanciers » ... La LP ne donne aucune autre indication. D'accord avec Jaeger, nous admettons que l'ouverture de la faillite n'exerce aucune influence sur les procès pénaux [2]. Si le législateur n'avait pas voulu qu'il en fût ainsi, il l'aurait expressément prévu, comme il l'a fait pour les procès civils. Pour le surplus, la plainte pénale intentée par le failli ne peut pas, en principe, léser ses biens (à moins qu'il ne soit condamné aux frais et dépens du procès), et l'intérêt des créanciers se borne à ces biens. Peut-on tenir le même raisonnement quant à l'action civile intentée dans une procédure pénale ? Nous ne le pensons pas, car cette action ne perd pas — comme nous l'avons déjà vu — son caractère de droit privé. La question est d'ailleurs controversée. Alors que Jaeger considère que l'article 207 LP s'applique à l'action civile [3], Blumenstein le conteste [4]. Comme la chambre pénale, dans son jugement du 19 avril 1932 en la cause Tschopp Ernest [5], nous estimons qu'il ne se justifie pas, en matière de faillite, de traiter différemment une action de droit civil, selon qu'elle est intentée devant la juridiction civile ou la juridiction pénale. Nous admettons donc que l'article 207 LP s'applique à l'action civile intentée en procédure pénale [6].

Du fait de l'ouverture de la faillite, le débiteur perd le droit de disposer librement de son actif. Il n'a plus qualité pour ouvrir un procès qui touche ses biens [7], car ceux-ci font partie de la masse. Or, le droit d'engager un procès civil — qui constitue

---

[1] Nous n'examinerons cette question que sous l'angle restreint de notre sujet.

[2] Vol. II, p. 180.

[3] Vol. II, p. 180.

[4] P. 706.

[5] RJB 68/449 (453).

[6] RJB 44/636.

[7] Exception faite des actions en dommages et intérêts pour cause d'injures ou de lésions corporelles et des contestations en matière de mariage, d'état civil ou d'aliment. Art. 207, 2e al. LP.

une partie des biens — tombe ainsi dans la masse dont les créanciers peuvent disposer. Le failli est complètement éliminé du procès, où il ne peut même plus participer en qualité d'intervenant ou de consort [1]. Il est donc hors de doute que l'assemblée des créanciers a, en principe, qualité pour se constituer plaignante au sens de l'article 43, chiffre 2 CPPB dans un procès intenté par le failli contre un tiers [2]. Nous pourrons ainsi trouver comme plaignants dans le même procès pénal le failli, qui conserve ses droits de plaignant « au pénal » (art. 43, ch. 1 CPPB) et l'assemblée des créanciers, qui sera substituée au débiteur et interviendra comme partie civile proprement dite (art. 43, ch. 2 CPPB).

I. — L'ouverture de la faillite peut intervenir alors que le débiteur avait déjà intenté l'action civile au procès pénal, au moment même d'actionner ou encore avant qu'il saisisse les tribunaux répressifs de son cas. Nous examinerons ces différents points en prenant uniquement en considération le cas où l'objet du litige fait ou fera partie de la masse.

1. L'action civile était déjà intentée par le débiteur à l'ouverture de la faillite.

Dans ce cas, l'assemblée des créanciers peut se constituer plaignante (partie civile proprement dite), en lieu et place du failli auquel elle est substituée, et participer au procès dans l'état où celui-ci se trouve [3]. Toutefois, le procès sera suspendu, conformément à l'article 207 LP, à moins qu'il ne s'agisse de cas urgents ou des actions prévues au deuxième alinéa de l'article précité. Il ne pourra être poursuivi qu'en vertu d'une décision de la deuxième assemblée des créanciers. (Art. 253, 2e al. LP.)

2. L'action civile est intentée par le débiteur au moment de l'ouverture de la faillite.

Elle est nulle, car dès le moment où l'ouverture de la faillite est prononcée par le juge, le débiteur perd tous ses droits sur les biens rentrant dans la masse, et il n'a plus qualité pour ouvrir un procès civil portant sur de tels biens.

[1] Blumenstein, p. 703.
[2] RJB 68/439, 449.
[3] RJB 68/449.

3. L'action civile est intentée par les créanciers du failli au moment de l'ouverture de la faillite.

Sans vouloir tenir compte de la quasi-impossibilité d'actionner à un pareil moment, l'action ne pourrait pas aboutir et cela pour deux raisons:

a) Il ne suffit pas d'être créancier pour être subrogé aux droits du débiteur. La LP contient toute une série de dispositions qui règlent comment et quand les créanciers peuvent s'immiscer dans les affaires du failli. Ils doivent d'abord s'organiser, désigner une administration et ce n'est qu'à la deuxième assemblée qu'ils pourront décider la poursuite du procès.

b) L'ouverture de la faillite ayant pour effet de suspendre les procès civils intentés par le débiteur — auxquels nous assimilons l'action civile en procédure pénale —, l'action en réparation du dommage causé devra forcément être interrompue, conformément à l'article 207 LP.

Le procès pénal pourra-t-il être poursuivi ? Nous admettons qu'il doit l'être, car selon les principes généraux de la procédure pénale, tout doit être mis en œuvre pour qu'un jugement intervienne au plus vite. On peut alors se demander si le juge pénal peut appliquer l'article 3, 3e alinéa, chiffre 3 CPPB, et renvoyer l'assemblée des créanciers devant le juge civil pour statuer sur l'action civile, celle-ci allongeant « démesurément la procédure ». Nous verrons plus loin que le juge pénal ne peut se dessaisir sans autre de l'action civile. Il doit, en principe, statuer sur cette action et ne la renvoyer que « pour liquider le montant de la réparation due »[1]. Or, il serait difficile d'exiger du juge pénal un jugement au fond lorsque le procès est suspendu. En outre, dès l'ouverture de la faillite, le débiteur n'est plus partie au procès et l'assemblée des créanciers ne l'est pas encore[2]. Contrairement à la volonté manifestée par le législateur et en tant qu'il soit établi qu'un retard considérable surviendrait dans

[1] Art. 3, 3e al., ch. 3 CPPB.
[2] Waiblinger, p. 21.

la procédure pénale, nous devrions donc admettre, dans ce cas exceptionnel, que toute l'affaire civile devrait être renvoyée au juge civil sans que le juge pénal l'ait examinée [1]. La suspension a lieu de par la loi et sans décision judiciaire. Un jugement civil qui interviendrait en dépit de l'article 207 LP — à moins qu'il ne s'agisse des exceptions prévues à cet article — pourrait être attaqué en appel ou en nullité, suivant le cas, et même cassé [2].

L'assemblée des créanciers ne peut se porter plaignante (partie civile proprement dite) que lorsqu'elle est valablement constituée, comme telle et qu'elle a pris, à sa deuxième assemblée, la décision de poursuivre le procès (art. 253, 2e al. LP).

4. L'action civile est intentée par le débiteur après l'ouverture de la faillite.

Si l'on admet déjà, comme dans le cas cité sous 2, que le débiteur n'a plus qualité pour ouvrir une action civile, il ne l'a pas, *a fortiori*, en l'espèce. Le jugement civil pourra être incontestablement attaqué par le pourvoi en nullité [3].

II. — L'assemblée des créanciers n'a pas seulement qualité de se constituer plaignante dans une action dirigée par le failli contre un tiers. Elle l'a aussi contre le débiteur, dès qu'elle estime que ce dernier l'a lésée dans ses droits protégés par une sanction pénale. Elle constitue une réunion de personnes, représentée par l'administration de la faillite, qui a pour mission de sauvegarder les droits des créanciers par la réalisation de la masse. Or, si le débiteur commet des actes répréhensibles constituant des infractions au CPS [4] et à la LP, s'il met ainsi en péril les biens des créanciers ou leur fait subir des pertes, l'assemblée des créanciers peut certainement se constituer plaignante contre le débiteur [5]. Elle ne pourra cependant le faire que dans la mesure prévue par l'article 43, chiffre 1 CPPB. En effet, si elle se constituait partie civile au procès pénal, elle ne

[1] P. 160.
[2] RJB 56/155; 61/225.
[3] RJB 68/449.
[4] Art. 163-172, 323-326.
[5] RJB 68/439.

pourrait rien obtenir du débiteur, puisque celui-ci est dépossédé de tous ses biens saisissables, qui constituent la masse. Mais il y a plus ! Le failli ne pouvant plus ester en justice ni soutenir des procès civils — étant donné qu'il est substitué, dans ce cas, par l'assemblée des créanciers —, toute action civile dirigée contre lui est vouée à l'échec, les conditions de recevabilité de la cause faisant défaut. Le débiteur conserve toutefois la faculté d'ester en justice ou de soutenir un procès civil en ce qui concerne les biens ne faisant pas partie de la masse. Il ne pourra alors s'agir que de biens insaisissables, car le failli n'a plus aucun droit sur les autres. Dans ces conditions, l'action civile s'avère pratiquement inutile et, bien qu'elle soit théoriquement recevable, il paraît superflu de l'intenter, vu le résultat négatif certain auquel elle aboutirait.

Ce raisonnement ne vaut, il est vrai, que lorsque l'infraction reprochée au débiteur a été commise après l'ouverture de la faillite. Qu'en est-il lorsqu'elle l'a été avant ? La situation ne nous paraît pas différente, car le délit commis par le débiteur et le dommage qui en résulte ne sont pas des « biens » au sens de l'article 197 LP et ne rentrent ainsi pas dans la masse. Les créanciers ne sont donc pas lésés et, à l'époque où l'infraction a été commise, l'assemblée des créanciers n'existait pas. Une personne inexistante ne peut donc subir un dommage [1]. La chambre pénale n'avait pas, selon nous, à établir dans le cas cité dans RJB 38/175, si le rapport juridique existant entre le débiteur et le créancier découlait d'une infraction ou d'un contrat, ou si un créancier avait été valablement porté sur l'état de collocation — ce qui l'empêcherait d'actionner civilement puisque la créance ne serait pas litigieuse (RJB 69/29; 68/397) — pour contester aux créanciers la capacité de se constituer plaignant au sens de l'article 43, chiffre 2 CPPB.

Au vu de ces considérations, nous concluons que l'assemblée des créanciers a qualité pour se porter plaignante « au pénal » contre le failli, mais non pas partie civile [2].

---

[1] RJB 46/685.

[2] V. toutefois l'exception théorique soulevée à la fin du 1er alinéa ci-dessus.

VI. Autres cas

Comme dans le cas où l'infraction a été commise après la mort de la personne qu'elle atteint, mais où elle rejaillit sur ses héritiers, il peut y avoir des délits dirigés contre un individu (vivant) qui frappent indirectement d'autres individus, lesquels deviennent personnellement lésés. Nous estimons, par exemple, que le mari peut se constituer plaignant (partie civile) pour demander la réparation civile de l'injure faite à sa femme, lorsque l'infraction rejaillit sur lui. L'épouse pourra aussi, même dans ce cas, intenter une action civile, puisqu'elle est directement lésée. De même, l'époux pourra poursuivre, en son nom personnel, celui qui a occasionnè, par une infraction, une diminution du patrimoine de sa femme, car il subit maintes fois personnellement le contre-coup des pertes financières qu'elle éprouve. Mais pourra-t-elle aussi, en même temps que son mari et avec son consentement, intenter une action civile ? Les époux devraient alors limiter leurs prétentions par exemple l'un à 2.000 fr., l'autre à 3.000 fr., lorsque le dommage est de 5.000 fr. pour qu'on pût reconnaître à tous deux le droit de se constituer plaignants conformément à l'article 43, chiffre 2 CPPB. Nous ne voyons toutefois pas l'avantage d'une telle solution. Elle n'est pas à conseiller. Si les prétentions de l'un ou de l'autre tendent à la réclamation complète du préjudice subi (5.000 fr.), le juge pénal ne saurait adjuger de telles conclusions, qui dépassent le montant du dommage, et les époux seraient renvoyés partiellement perdants, avec partie des frais à leur charge.

Le père peut aussi, en son propre nom, se porter partie civile lorsque l'infraction cause un dommage matériel ou moral à ses enfants mineurs, à la condition que le dommage rejaillisse directement sur sa fortune ou son honneur. Contrairement à l'opinion exprimée par Garraud [1], nous ne saurions toutefois reconnaître le même droit au père d'enfants majeurs qui ont la jouissance et l'exercice des droits civils et ont, par conséquent, qualité pour être partie au procès et capacité d'ester en justice. Admettre le point de vue exprimé par l'auteur français équi-

[1] P. 616.

vaudrait à tirer des conséquences exagérées de la solidarité familiale.

Enfin, si l'on tient des propos injurieux à l'adresse d'un serviteur ou d'un employé au sujet des fonctions qu'il occupe, des conditions dans lesquelles il travaille chez un maître ou employeur, nous estimons que l'injure rejaillit sur ce dernier qui peut, en son nom personnel, intenter une action civile.

§ 6. — QUALITÉ POUR ÊTRE PARTIE AU PROCÈS CAPACITÉ D'ESTER EN JUSTICE REPRÉSENTATION EN JUSTICE

Toute personne jouit des droits civils (art. 11, 1er al. CC). L'exercice de ceux-ci est en revanche subordonné à certaines conditions dont l'absence le paralyse (art. 17 s. CC). Sur le terrain de la procédure, la jouissance des droits civils correspond à la faculté d'être partie au procès, l'exercice des droits civils à celle d'ester en justice, c'est-à-dire de conduire soi-même le procès [1].

I. Qualité pour être partie au procès

La qualité pour être partie au procès est la faculté d'intenter un procès ou d'y résister. Elle constitue une partie de la jouissance des droits civils [2], qui permet à chacun de devenir sujet de droits et d'obligations [3]. Le principe établi par l'article 11 CC est issu de celui posé par l'article 4 de la Constitution fédérale: l'égalité des citoyens. La jouissance des droits civils ne souffre pas d'exception [4], ne peut être retirée [5] et est inaliénable [6, 7].

Toute personne peut donc avoir qualité pour être partie au procès puisqu'elle possède la jouissance des droits civils, que ce

[1] Egger: Personenrecht, 2e éd., notes 5 *ad* art. 11 et 5 *ad* art. 12; Matti, p. 67 et 71.
[2] Egger, p. 145; ATF 39 II 727; 42 II 555.
[3] Art. 11, 2e al. CC.
[4] Le droit civil ne connaît pas l'esclavage.
[5] Le droit civil ne connaît pas la mort civile.
[6] Art. 27 CC.
[7] Egger, p. 145.

soit pour intenter une action civile en procédure pénale, par exemple, ou y résister, Cette qualité appartient tant à une personne physique (art. 11 s. CC) qu'à une personne morale [1].

La Confédération, les cantons et les communes sont des personnes morales ayant qualité pour être partie au procès conformément aux règles du droit public. Les autorités ou personnes compétentes pour représenter valablement ces personnes morales peuvent toutefois déléguer leurs pouvoirs à un fonctionnaire de leur administration, à la condition que le procès ait pour objet un bien ou un droit protégé de la Confédération, des cantons ou des communes [2].

La société simple (art. 530 s. CO) n'étant pas une personne morale, elle n'a pas qualité pour être partie au procès.

En ce qui concerne la société en nom collectif et la société en commandite, le législateur n'a pas voulu, dans la loi fédérale du 18 décembre 1936 revisant le CO, trancher la question de savoir si elles sont ou non des personnes morales. Sous l'empire des anciennes dispositions, la jurisprudence niait qu'elles le fussent [3]. Le nouveau code — comme l'ancien d'ailleurs — fait ressortir pour les deux sociétés leur caractère de communauté de personnes, mais les assimile à une personne morale distincte à l'égard des tiers [4].

II. Capacité d'ester en justice

La capacité d'ester en justice est la faculté d'intenter un procès ou de résister personnellement à un tel. Elle est un attribut essentiel de la qualité pour être partie au procès et n'existe point à défaut de celle-ci. En revanche, le contraire est possible car une personne peut avoir qualité pour être partie au procès sans qu'il lui soit possible d'ester en justice.

---

[1] Art. 52 s. CC; société anonyme: art. 643 CO; société en commandite par actions: art. 764, 2e al. CO; société à responsabilité limitée: art. 783 CO; société coopérative: art. 838 CO.

[2] RJB 69/543.

[3] ATF 45 II 302; 46 II 471.

[4] Cf. Virgile Rossel: Code civil suisse et Code fédéral des obligations, 5e éd. de poche, *ad* art. 552 CO, p. 166.

Ainsi que nous l'avons précisé en tête du présent chapitre, la capacité d'ester en justice correspond, en procédure, à l'exercice des droits civils. C'est donc au droit matériel qu'il faut s'en rapporter pour déterminer les personnes qui peuvent elles-mêmes saisir les tribunaux. Toutefois, il convient ici de distinguer la personne qui intente une action civile en procédure pénale de celle qui résiste à cette action, car les raisons qui autorisent le plaignant civil à ester ne s'appliquent pas *ipso iure* au prévenu.

1. *Capacité du plaignant civil d'ester en justice.*

L'article 43, 3e alinéa CPPB déclare:

Le plaignant doit avoir l'exercice des droits civils ou agir par son représentant légal. Les mineurs et les interdits capables de discernement peuvent ester en justice quant à leurs droits strictement personnels.

Toute personne majeure [1] et capable de discernement [2] peut ester personnellement en justice puisqu'elle a l'exercice des droits civils [3]. Outre la personne physique, la personne morale jouit du même privilège [4].

La femme mariée est capable d'ester en justice quel que soit son régime matrimonial (art. 168, 1er al. CC). Elle doit cependant être représentée par son mari dans les contestations avec les tiers relativement à ses apports (al. 2) [5].

Les personnes incapables de discernement et les interdits n'ont pas l'exercice des droits civils (art. 17 CC); en conséquence, ils n'ont pas la capacité d'ester en justice. C'est au tuteur qu'il appartient d'agir en leur nom et pour leur compte, mais il n'actionnera qu'avec le consentement de l'autorité tutélaire (art. 421, ch. 8 CC).

Le mineur n'a pas non plus l'exercice des droits civils et n'est donc pas capable d'ester en justice. Les père et mère sont

[1] La majorité est fixée à vingt ans révolus (art. 14, 1er al. CC).
[2] Art. 16 CC.
[3] Art. 13 CC.
[4] Note 1, p. 83.
[5] La jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur du CC n'était pas dans ce sens: RJB 41/328; 42/502; 43/38, 278; 44/325; 45/43; 46/636.

ses représentants légaux à l'égard des tiers (art. 279, 1er al. CC). Le père, qui représente l'union conjugale (art. 162 CC), pourra actionner en justice au nom et pour le compte de ses enfants mineurs. S'il meurt, ce droit appartient à la mère et si tous deux décèdent, les enfants mineurs seront pourvus d'un tuteur, qui agira conformément à l'article 421, ch. 8 CC.

Les mineurs et les interdits capables de discernement, bien que devant agir par le tuteur, peuvent ester en justice quant à leurs droits strictement personnels (art. 43, 3e al. CPPB; art. 19 CC). Ils sont donc, dans ces cas, légitimés au procès et ont même le droit, sans le consentement du représentant légal, de choisir un mandataire qui pourra valablement interjeter appel au nom du mandant [1].

« Si le lésé est âgé de dix-huit ans au moins et capable de discernement, il aura aussi droit de porter plainte » déclare l'article 28, 3e alinéa CPS.

En droit pénal, le mineur de dix-huit ans révolus est ainsi assimilé à une personne majeure [2]. Peut-on, dès lors, conclure que ce même mineur capable de discernement, qui a le droit de porter une plainte pénale (art. 43, 1er al., ch. 1 CPPB), peut ouvrir une action civile (art. 43, 1er al., ch. 2 CPPB) ? Nous ne le pensons pas. En effet, bien que l'action civile soit traitée au cours d'une procédure pénale, elle n'en reste pas moins une action de droit privé dont la source essentielle est le CC. C'est donc bien aux dispositions de ce code qu'il convient de se référer pour établir si le mineur de dix-huit à vingt ans remplit les exigences requises pour avoir le droit d'intenter une action civile. Or, l'article 14 CC fixant la majorité à vingt ans révolus, toute personne qui n'a pas cet âge doit être considérée comme mineure. Le mineur n'ayant pas l'exercice des droits civils (art. 17 CC), il faut lui refuser le droit de pouvoir valablement

[1] RJB 78/229.

[2] Voir aussi l'article 100 CPS, duquel il ressort que le mineur de dix-huit à vingt ans est soumis non pas aux articles spéciaux se rapportant aux mineurs (art. 82-99 CPS), mais, avec des circonstances atténuantes, aux dispositions ordinaires. Les règles prévues pour les délinquants mineurs (art. 30-59 LiCPS) ne lui sont pas non plus applicables (cf. toutefois art. 57 LiCPS).

ouvrir une action civile devant le juge pénal, sauf les cas prévus aux articles 14, 2e alinéa (majorité acquise par le mariage), 15 (émancipation) et 19 CC (exercice de droits strictement personnels) [1].

En assimilant au majeur le mineur de dix-huit à vingt ans, le droit pénal a fait une exception à un principe établi par le droit civil, exception qui ne vaut que pour le droit pénal. Si le législateur n'entendait pas appliquer les règles du droit civil au plaignant qui intente une action civile en procédure pénale, il devait le prévoir expressément, comme il l'a fait pour le plaignant pénal. Une interprétation plus large ou par analogie ne saurait intervenir en l'espèce.

S'il n'existe pas de causes suffisantes pour interdire des personnes majeures et si, néanmoins, une privation partielle de l'exercice des droits civils s'impose dans leur intérêt, elles sont pourvues d'un conseil légal dont le concours est nécessaire pour plaider et transiger (art. 395, ch. 1 CC). Nous admettons que cette disposition, qui concerne les procès civils ordinaires, s'applique par analogie à l'action civile ouverte au cours d'un procès pénal.

L'ancien CO accordait de façon expresse la capacité d'ester en justice à la société en nom collectif et à la société en commandite (art. 559, 597 anc. CO). Le CO revisé ne contient aucune disposition à ce sujet, de sorte que l'on doit dénier aux sociétés précitées la possibilité de faire valoir, comme telles, des droits devant une autorité judiciaire [2]. Leurs membres doivent actionner et être actionnés personnellement, en tant que solidairement responsables.

L'indivision et la communauté héréditaire — du moins avant qu'un représentant ait été désigné par l'autorité compétente (art. 602, 3e al. CC) — ne sont pas non plus des personnes morales et n'ont pas la capacité d'ester en justice. Par contre, la masse en faillite possède cette dernière (art. 240 LP).

---

[1] Cf. aussi art. 43, 3e al. CPPB *in fine*.

[2] Opinion contraire: Waiblinger, p. 89. Il est possible que l'auteur ait rédigé son ouvrage — publié en 1937 — avant l'adoption du CO revisé.

2. *Capacité du prévenu d'ester en justice.*

Contrairement à ce qu'il prévoit pour le plaignant (art. 43, 3e al.; 240), le CPPB ne traite pas la capacité d'ester en justice du prévenu. Il ne faudrait pas en conclure que les principes développés sous chiffre 1 s'appliquent *ipso iure* au prévenu. Le droit pénal exige, avant tout, que l'auteur du dommage ait la capacité pénale pour pouvoir être valablement poursuivi devant les tribunaux répressifs. Ce n'est que lorsque cette condition est remplie que l'on pourra envisager si le délinquant a la capacité d'ester en justice pour résister à l'action civile.

Il ressort de l'article 40, 2e alinéa CPPB que si le prévenu n'a pas l'exercice des droits civils, c'est à son représentant légal qu'il incombe de choisir un défenseur, pour autant que cela paraisse indiqué. On peut donc admettre que le représentant légal (père, tuteur, conseil légal) exerce les droits des mineurs, des personnes incapables de discernement et des interdits. Le tuteur et le conseil légal devront, au préalable, obtenir le consentement de l'autorité tutélaire (art. 421, ch. 8; 395, ch. 1 CC).

Les mineurs et interdits capables de discernement sont, selon l'article 19, 3e alinéa CC, responsables du dommage causé par leurs actes illicites. S'ils ont moins de dix-huit ans, une action civile au cours du progrès pénal ne peut être intentée contre eux (art. 39 LiCPS) et le lésé devra avoir recours à la juridiction civile pour exercer ses droits [1]. Si le mineur est âgé de dix-huit à vingt ans, une action civile peut être ouverte contre lui, mais il doit être assisté de son représentant légal ou d'un mandataire professionnel désigné par ce dernier. Il en est de même pour l'interdit de plus de dix-huit ans capable de discernement.

Le mineur capable de discernement peut choisir un mandataire sans le consentement du représentant légal [2].

La femme mariée, qui est capable d'ester en justice selon l'article 168, 1er alinéa CC, l'est aussi pour résister à un procès. Elle doit toutefois être représentée par son mari dans ses contestations avec des tiers relatives à ses apports [3].

---

[1] Voir toutefois l'art. 57 LiCPS.
[2] RJB 78/229.
[3] Art. 168, 2e al. CC; RJB 43/38, 278; 44/335; 45/43.

Les personnes morales n'ayant pas la capacité pénale [1] et ne pouvant pas, dès lors, être poursuivies pénalement [2], on ne saurait ainsi valablement les actionner au civil. Le sont-elles néanmoins, le juge pénal devrait ne pas donner suite à l'affaire — une des conditions de l'action publique faisant défaut (art. 256, 2e al. CPPB) — et renvoyer le plaignant devant le juge civil (art. 259, 2e al. CPPB).

Selon l'article 238 CPPB, « le juge ou le tribunal examine d'office toutes les conditions de recevabilité de la cause » (1er al.). « En outre, les parties sont invitées à déclarer, au début de l'audience, si elles soulèvent des questions préjudicielles » (2e al.). On pourrait déduire du texte légal, et surtout de la locution « en outre », qu'une question préjudicielle ne peut pas constituer une condition de recevabilité, ce qui n'est pas exact. Un malentendu serait d'autant plus possible que le 3e alinéa dudit article précise — à vrai dire dans une certaine mesure seulement — ce qui peut faire l'objet d'une question préjudicielle: « l'absence d'une condition essentielle de l'action publique ou de l'action civile (prescription ou autres cas semblables), ainsi que d'autres vices ou empêchements ». On oppose ici « condition essentielle » à « condition de recevabilité de la cause » du premier alinéa. La question préjudicielle étant une exception soulevée au début des débats, à raison du défaut d'une *condition de recevabilité* de l'action publique ou civile qui est de nature à préjuger de l'issue du procès, il ne fait pas de doute qu'elle tombe sous le coup du premier alinéa, c'est-à-dire qu'elle doit être examinée d'office pour déterminer si l'exception signalée établit l'absence d'une condition de recevabilité. Notre opinion est d'autant plus renforcée, en ce qui concerne l'action civile, que le CPCB prévoit, lui aussi, l'examen d'office des conditions de recevabilité de la cause pour les procès civils ordinaires (art. 191 CPCB).

La jurisprudence [3] et la doctrine [4] s'accordent à dire que

---

[1] P. 69 s.
[2] RJB 44/340.
[3] RJB 37/32, 479.
[4] Waiblinger, p. 342 s.; Matti, p. 72.

la capacité d'ester en justice peut faire l'objet d'une question préjudicielle. La question de savoir si la capacité du plaignant civil d'ester en justice doit être examinée d'office ne saurait donc plus être controversée, comme c'était le cas sous l'empire de l'ancien code, qui ne contenait pas de disposition expresse à ce sujet [1].

Les conditions de recevabilité doivent toutefois être nettement séparées, aussi bien du point de vue pénal que civil, du fond qui ne peut être réglé que par un jugement terminant l'instance. Nous nous trouverons, par exemple, en présence d'une question de fond lorsqu'une personne peut ester en justice, mais n'a pas qualité pour agir [2]. Dans ce cas, l'exception soulevée ne peut faire l'objet d'un jugement sur la question préjudicielle, elle doit être tranchée lors du jugement au fond.

On peut, en vertu de l'article 241 CPPB, recourir contre les jugements rendus sur les questions préjudicielles, c'est-à-dire par voie de l'appel (1er al.) ou du pourvoi en nullité (2e al.) lorsque ces jugements terminent l'instance. Le recours doit être formé immédiatement après le prononcé du jugement (3e al.), mais le mémoire peut être déposé dans un délai de dix jours (2e al.). Si une personne incapable d'ester en justice prend part au procès en première instance, le jugement sera annulé par l'autorité supérieure et la cause renvoyée pour nouveaux débats à la juridiction inférieure (art. 320, 323, 327 no 5, 328 no 2, 335 CPPB).

III. Représentation en justice

1. *Représentation en justice du plaignant civil.*

Les mineurs, les personnes incapables de discernement et les interdits ne pouvant ester personnellement en justice — à moins qu'il ne s'agisse des cas signalés sous II — doivent nécessairement être représentés par le père, le tuteur, le curateur ou

[1] Examen à la demande du prévenu: RJB 35/415; examen d'office: MBR 14/157; RJB 41/328; 42/502; 43/278 (Bemerkung); 45/43; Matti, p. 72.

[2] Legitimatio ad causam; Aktiv- oder Passiv-Legitimation zur Sache (cf. Waiblinger, p. 342); RJB 37/32, 479; 42/208; 44/572.

le conseil légal. La femme mariée doit aussi avoir recours à son mari dans les cas spécifiés à l'article 168, 2e alinéa CC. Cependant, les intéressés peuvent, avec l'assentiment du tiers prévu par le droit civil, se faire représenter en justice par un mandataire spécial, tout comme les personnes ayant l'exercice total des droits civils.

Le droit bernois exige que ce mandataire soit titulaire d'une patente d'avocat bernois. Toutefois, l'avocat d'un autre canton peut aussi pratiquer le barreau dans le canton de Berne, conformément à l'article 5 des dispositions transitoires de la Constitution fédérale, à la condition d'y avoir été autorisé par la Cour suprême du canton de Berne ou de son président [1]. En outre, les candidats au ministère d'avocat ayant subi avec succès l'examen théorique et travaillant dans l'étude d'un avocat peuvent être autorisés par celui-ci à occuper en justice à sa place, soit pour représenter, soit pour assister une partie [2]. Ils doivent, dans chaque cas, présenter au juge une autorisation écrite de leur maître, qui est responsable de leurs actes et omissions (art. 2 et 3 du règlement précité).

La représentation par un mandataire professionnel est facultative. Rien ne s'oppose à ce que le plaignant soit représenté par plusieurs mandataires. Le juge saisi de l'action a cependant le droit, conformément à la compétence qu'il possède pour diriger les débats, de statuer sur la question de la participation de plusieurs avocats au procès [3]. Si la présence d'un seul d'entre eux est justifiée par les circonstances, le prévenu reconnu coupable pourra, selon nous, être condamné à payer les dépens d'un seul avocat, même si plusieurs assistaient la partie civile.

Le plaignant indigent peut être mis au bénéfice de l'assistance judiciaire. Cette faveur est subordonnée à des conditions différentes ou plus sévères selon que le cas ressortit à la cour

---

[1] Règlement de la Cour suprême, du 17 novembre 1933, concernant l'exercice de la profession d'avocat dans le canton de Berne en vertu d'un certificat de capacité délivré par un autre canton, avec modification du 9 mars 1942.

[2] Règlement concernant le droit des candidats au ministère d'avocat d'occuper en justice, du 14 septembre 1918.

[3] RJB 43/155.

d'assises, au tribunal de district ou au président du tribunal. Dans la première éventualité, le président de la chambre criminelle peut accorder cette assistance « si les circonstances le justifient et si l'action civile a des chances de succès » (art. 44, 1er al. CPPB). L'affaire relève-t-elle du juge unique, « le plaignant n'est admis à l'assistance judiciaire que si la cause présente une importance particulière en raison des circonstances de fait et de droit » (art. 44, 2e al. CPPB). Mais l'octroi de l'assistance judiciaire n'entraîne pas automatiquement la désignation d'un avocat chargé de défendre les intérêts du plaignant. Ce sera uniquement le cas pour les affaires ressortissant à la cour d'assises et au tribunal de district, la loi le prévoyant expressément [1], et lorsque les chances de succès de l'action civile paraîtront suffisantes. Quand le litige relève du président du tribunal, et notamment quand le prévenu ne demande pas lui-même à être assisté par un défenseur d'office ou que celui-ci lui est refusé (art. 42, 2e al. CPPB), il peut se justifier de n'accorder au plaignant que l'assistance judiciaire sans avocat.

Si la situation financière du plaignant s'améliore ou si les chances de succès de l'action civile diminuent au cours du procès, l'assistance judiciaire peut être retirée et si un avocat avait été désigné pour assister la partie civile, son mandat pourra être résilié [2].

Le droit cantonal ne prévoit pas de recours contre le refus du juge d'accorder l'assistance judiciaire [3]. Le plaignant pourra cependant, cas échéant, intenter un recours de droit public pour violation du principe de l'égalité des citoyens devant la loi (art. 4 Cst.).

2. *Représentation en justice du prévenu.*

Pour donner au prévenu le maximum de chances de se défendre et pour parer à des erreurs judiciaires, le législateur bernois a permis au délinquant de se faire assister d'un défenseur en la personne d'un avocat pratiquant dans le canton de Berne [4].

---

[1] Art. 44, 1er al. *in fine* CPPB.
[2] RJB 66/235.
[3] RJB 59/147.
[4] Voir en outre le chiffre précédent sur cette question.

Le choix du mandataire est libre (dans les cas où le prévenu n'a pas l'exercice des droits civils, c'est le représentant légal qui y procède — art. 40, 2e al. CPPB). Toutefois, si le prévenu ne procède pas à un tel choix lorsque la défense est obligatoire ou si le mandataire choisi décline son mandat, le juge désigne un mandataire d'office parmi les avocats exerçant dans le canton. Le mineur capable de discernement peut choisir un mandataire sans l'autorisation du représentant légal [1].

Tandis que la représentation du plaignant par un mandataire est facultative, elle est obligatoire pour le prévenu aux débats se déroulant devant la cour d'assises (art. 41, 1er al., ch. 1 CPPB). Elle l'est aussi « aux débats devant la chambre criminelle ou le tribunal correctionnel lorsque le prévenu est mineur ou n'est pas capable de se défendre par suite d'infirmités physiques ou mentales, et qu'il ne peut être assisté suffisamment par son représentant légal » (art. 41, 1er al., ch. 2 CPPB). Pendant l'instruction et en procédure de renvoi, un défenseur n'est désigné que si les débats au sens de l'article 41, premier alinéa, chiffres 1 et 2 sont probables. S'il s'agit d'un cas ressortissant au président du tribunal, celui-ci ne peut en désigner un, « à la demande du prévenu, que si cela paraît justifié par des circonstances particulières, telles que l'importance de la cause, une situation difficile de droit ou de fait, et si, en outre, le prévenu établit que les frais d'une défense le priveraient du nécessaire ». S'il s'agit d'« affaires de simple police, il n'y aura cependant pas de défenseur d'office, et dans les affaires dont connaît le juge unique (président du tribunal), il n'en sera désigné qu'à titre exceptionnel » (art. 42, 2e al. *in fine* CPPB).

On constate, à la lecture de ces dispositions, le souci du législateur de procurer au prévenu tous les moyens de défense nécessaires pour la sauvegarde de ses intérêts et en outre le souci de ne pas charger la caisse de l'Etat, car dans tous les cas susvisés et en tant que l'auteur de l'infraction établit son indigence, les frais du mandataire sont à la charge de l'Etat. Toutefois, si le prévenu « revient à meilleure fortune dans les dix ans à compter

---

[1] RJB 78/229.

du jour où le jugement au fond est définitif », il a « l'obligation d'acquitter les honoraires de son défenseur » (art. 42, 5e al. CPPB) [1].

Le plaignant au civil n'a pas le droit de s'immiscer dans la désignation du défenseur, désignation qui ne peut faire l'objet d'une question préjudicielle au sens de l'article 238 CPPB et, par conséquent, d'un recours (art. 241, 297 s. CPPB) [2].

§ 7. — CONTRE QUI L'ACTION CIVILE PEUT-ELLE ÊTRE DIRIGÉE ?

I. Punissabilité du prévenu et « capacité pénale ».

L'article 3 CPPB prévoit que celui qui a souffert d'un dommage causé par un acte punissable peut intenter une action civile. Il ne précise pas, ni d'autres dispositions d'ailleurs, contre qui cette action peut être dirigée, mais il est évident que c'est contre l'auteur de l'acte punissable.

L'infraction n'est pas toujours commise par une seule personne; elle peut l'être par plusieurs individus, à divers titres. Pourront ainsi être prévenus: l'auteur du délit, le coauteur, l'instigateur et le complice.

Alors que le code pénal bernois prévoyait l'auteur, l'instigateur, le complice et le receleur comme participants à un acte punissable [3], le CPS ne mentionne, aux articles 24 et 25 qui traitent de la participation, que l'instigateur et le complice. Ni l'auteur, ni le coauteur n'y figurent. D'autre part, le receleur n'est plus considéré comme participant à une infraction commise par un tiers, mais comme auteur d'un délit indépendant — le recel — contre le patrimoine [4].

On admet, en général, qu'un individu est normal (mentalement et physiquement) et qu'il est ainsi soumis sans restriction à la loi. Cette présomption légale est toutefois détruite dans le cas où il est établi qu'une personne ne dispose pas de toutes

---

[1] Cf., pour le surplus, art. 42 CPPB.
[2] RJB 41/437.
[3] Art. 35, 36, 37, 40 CPB.
[4] Art. 144 CPS.

ses facultés. Le législateur s'est donc vu dans l'obligation d'édicter des dispositions spéciales pour les individus qui ne répondent pas aux conditions normalement admises. Aussi, en droit pénal, a-t-il fallu spécialement tenir compte du mineur, de ceux qui sont atteints d'une maladie mentale, d'idiotie ou d'une grave altération de la conscience, des délinquants ayant un développement mental incomplet. Toutes ces personnes, qui n'ont pas conscience de leurs actes — à divers degrés il est vrai — ne sauraient être, dans tous les cas, rendues totalement responsables de leurs faits et gestes. Ce manque de discernement, cette irresponsabilité pénale, lorsqu'elle est totale, a pour conséquence l'impunissabilité de l'auteur de l'infraction, car celui-ci ne possède pas la « capacité pénale » (strafrechtliche Handlungsfähigkeit) [1].

C'est le droit matériel, soit le droit pénal — et non la procédure pénale — qui fixe l'irresponsabilité (art. 10 CPS) et la responsabilité restreinte (art. 11 CPS) d'un individu [2], tout comme le droit civil — et non la procédure pénale — détermine contre quelles personnes l'action civile peut être dirigée en procédure pénale [3]. Il s'ensuit que la capacité du prévenu de résister en justice à un procès pénal [4] peut être différente de sa capacité de s'opposer à l'action civile [5]. La capacité pénale correspond, en procédure pénale, à la qualité prévue par le droit civil d'ester en justice. On pourra donc, suivant les cas, se trouver en présence d'un délinquant possédant les qualités nécessaires pour être actionné pénalement, mais pas civilement, ou vice-versa [6]. Cette constatation a une grosse importance théorique, car si l'on s'en rapporte à la disposition fondamentale de l'action civile, soit à l'article 3 CPPB, on remarque qu'une telle action ne peut être intentée que lorsque le dommage a été causé par un acte *punissable*. Or, comme nous venons de le voir, « n'est pas punissable celui qui, étant atteint d'une maladie

[1] Logoz, p. 37.
[2] Logoz, p. 43.
[3] Matti, p. 73.
[4] Strafprozessuale Handlungsfähigkeit.
[5] Dans le même sens: Krauer, p. 112.
[6] P. 109 s.

mentale, d'idiotie ou d'une grave altération de la conscience, ne possédait pas, au moment d'agir, la faculté d'apprécier le caractère illicite de son acte ou de se déterminer d'après cette appréciation » (art. 10 CPS). La conclusion logique à tirer de cet état de fait serait donc qu'une action civile ne peut pas être intentée contre un individu *non punissable*. Toutefois, le législateur bernois ne l'a pas entendu ainsi. Pour des raisons d'opportunité uniquement, il a inséré dans le CPPB de 1928 une disposition — l'article 259 — aux termes de laquelle le juge ou le tribunal statue sur l'action civile intentée par le plaignant en même temps qu'il prononce la condamnation *ou l'acquittement du prévenu* [1, 2, 3].

Il est clair qu'une telle entorse à un principe fondamental peut prêter le flanc à la critique. Suivant que l'on se rattache aux « doctrinaires » ou aux « esprits pratiques », on sera tenté de blâmer ou d'accueillir avec satisfaction l'article précité. Pour notre part, nous comprenons cette infraction à la logique juridique, pour les mêmes motifs que ceux qui sont retenus par la jurisprudence antérieure au CPPB de 1928 et par le législateur.

---

[1] RJB 72/685.

[2] Le CPPB de 1854 ne contenait pas de disposition semblable. Toutefois, la Chambre de police, puis la 1re Chambre pénale admirent bien vite, pour des raisons pratiques, que l'action civile pouvait être jugée lors d'acquittement (MBR II/402; IX/37; XI/48; XII/74; XIV/69; RJB 40/145; 45/150; 49/159; 51/313; 52/639; 54/449). Selon l'ATF 33 II 94, rien ne s'opposait à une telle interprétation de la loi. Le législateur, tenant compte de cette jurisprudence constante, a mis sur pied, lors de la rédaction du CPPB actuel, l'article 259 dont il s'agit.

Le CPP bâlois déclare, lui aussi, l'examen de l'action civile possible malgré l'acquittement du prévenu (art. 200, 3e al.) et Stämpfli admet le même raisonnement pour la LPPF (cf. remarque 3 de son commentaire *ad* art. 210 LPPF). En revanche, les tribunaux zurichois partagent l'opinion opposée (cf. Sträuli, remarques 2 *ad* art. 192 et 1 *ad* art. 193 CPPZ; ZR 25/88). Cf. en outre Waiblinger, p. 373, et Matti dans RJB 52/329, 357 (388).

[3] Le droit français, dont le législateur bernois s'est grandement inspiré, tout au moins en ce qui concerne l'action civile en procédure pénale, admet que la juridiction répressive ne peut statuer sur l'action civile si le prévenu n'est pas punissable, car il n'y a pas d'infraction. Toutefois, cette règle ne vaut que pour les procès ressortissant aux tribunaux de police et correctionnelle (art. 159, 191, 212 CICr). Dans les cas d'absolution comme dans ceux d'acquittement, la Cour d'assises peut être saisie d'une telle action pour des considérations d'ordre pratique (frais; art. 356, 366 CICr); cf. Garraud, p. 659/660.

En effet, il ne faut pas subordonner à des prescriptions trop rigides et trop strictes la possibilité d'actionner en justice. La procédure est et doit rester un instrument destiné à faire valoir des prétentions de droit matériel. En l'occurrence, l'action civile ne peut, à vrai dire, être intentée en procédure pénale que si le dommage a été causé par un acte punissable. Il faut cependant tenir compte du fait que même si l'auteur n'est pas punissable, une infraction a été commise. On ne saurait exiger du plaignant (partie civile) qu'il ne s'intéresse à la procédure qu'au moment où le juge a établi que le prévenu est totalement ou partiellement responsable, ou encore irresponsable. La partie civile a intérêt à participer à toutes les phases du procès. Des frais en résulteront inévitablement; à ceux-ci s'en ajouteront d'autres si le lésé doit saisir le juge civil de son action. Si l'on songe qu'une des raisons d'ordre pratique sur laquelle se fonde l'action civile en procédure pénale est l'aide que fournit indirectement l'Etat par une limitation des frais du plaignant [1], on devrait alors nettement écarter cet argument en faveur du maintien de l'action civile en procédure pénale. De plus, le renvoi devant le juge civil retarde incontestablement le règlement du litige.

Un jugement au fond doit porter sur l'acquittement ou la condamnation du prévenu (art. 256, 1er al. CPPB). Mais il peut arriver qu'il ne soit pas donné suite à l'affaire si les conditions de l'action publique font défaut lors du jugement (art. 256, 2e al. CPPB). Cette dernière disposition a une répercussion immédiate sur l'action civile puisque l'article 259, 2e alinéa CPPB dispose qu'en cas d'abandon de l'action publique — soit dans le cas de l'article 256, 2e alinéa CPPB —, le plaignant conserve le droit de faire valoir sa réclamation devant le juge civil. Parmi les « conditions » dont il est fait état à l'article précité sont englobées les « conditions de recevabilité de la cause » prévues à l'article 238 CPPB. La question qui se pose, dès lors, est celle de savoir si la capacité pénale doit être considérée comme une condition

[1] En cas de poursuite d'office, seuls les frais causés par le jugement de l'action civile peuvent être mis à la charge de la partie civile qui succombe (art. 260 CPPB).

de recevabilité de la cause, ce qui aurait pour conséquence, si ce n'était pas le cas, l'abandon de l'action publique (art. 256, 2e al. CPPB) et le renvoi du plaignant devant le juge civil (art. 259, 2e al. CPPB). Si l'on admet au contraire que la capacité pénale n'est pas une condition de recevabilité, le jugement devra se prononcer sur le fond (acquittement ou condamnation du prévenu — art. 256, 1er al. CPPB) et le juge pourra statuer sur l'action civile (art. 259, 1er al. CPPB).

La doctrine est partagée sur la question soulevée. Krauer [1] prétend — il suit, sur ce point, la conception de la doctrine allemande — que le procès pénal ne peut être poursuivi, lors des débats, si la capacité pénale du délinquant fait défaut et admet, par conséquent, que cette capacité est une condition de recevabilité de la cause. Waiblinger [2] soutient la théorie opposée en se fondant sur les considérations suivantes: Tandis que l'article 240 CPPB prévoit expressément que le plaignant incapable de participer au procès peut faire valoir ses intérêts devant le juge civil, il ne contient aucune disposition déclarant que l'absence de la capacité pénale chez le prévenu constitue une cause d'irrecevabilité. D'autre part, l'article 40, 2e alinéa CPPB, qui se rapporte au prévenu, dispose que si ce dernier n'a pas l'exercice des droits civils, son représentant légal peut choisir un défenseur. Il ne peut s'agir ici que d'un prévenu privé de la capacité pénale. Mais l'article 41, 1er alinéa, chiffre 2 CPPB est encore plus explicite, puisqu'il prévoit que la défense est obligatoire « devant la chambre criminelle ou le tribunal de district lorsque le prévenu est mineur ou n'est pas capable de se défendre par suite d'infirmités physiques ou mentales, et qu'il ne peut être assisté suffisamment par son représentant légal ». De plus, le CPPB n'indique pas de quelle façon le procès doit être poursuivi s'il n'a pas été donné suite à l'affaire par suite de l'abandon temporaire de la capacité pénale du prévenu (maladie mentale passagère). Enfin, on concevrait difficilement qu'un individu auquel la capacité de résister à un procès fait défaut puisse être représenté en procédure civile par son repré-

[1] P. 112.
[2] P. 88.

sentant légal, alors que cela lui serait impossible en procédure pénale s'il n'a pas la capacité pénale.

Nous souscrivons entièrement à cette opinion et n'avons rien à ajouter à une argumentation aussi complète.

Les développements qui précèdent nous ont paru nécessaires pour établir que:

1. Malgré l'absence de la capacité pénale du prévenu, absence qui a pour effet *l'impunissabilité*, l'action civile peut malgré tout être intentée en vertu de l'article 259, 2e alinéa CPPB, qui est en opposition avec l'article 3 CPPB exigeant un dommage causé par un acte *punissable*;

2. La notion de la capacité pénale n'est pas identique à celle de l'exercice des droits civils nécessaires pour résister à l'action civile;

3. La capacité pénale n'est pas une condition d'irrecevabilité de la cause, de sorte qu'un jugement au fond doit intervenir (acquittement ou condamnation du prévenu), conformément à l'article 256, 1er alinéa CPPB, et que le juge devra statuer sur l'action civile.

II. Participants à l'infraction.

Solidarité passive quant à l'action civile ?

L'auteur d'une infraction, soit celui qui la commet ou tente de la commettre en agissant lui-même, répond pénalement et civilement de son acte. Il en est de même du co-auteur, qui est un participant principal au délit.

Avant l'introduction du CPS, la doctrine était divisée sur le point de savoir si l'instigateur était un participant principal ou secondaire à l'infraction. L'article 24, 1er alinéa CPS tranche indirectement cette question en déclarant que « celui qui aura intentionnellement décidé autrui à commettre un crime ou un délit encourra, si l'infraction a été commise, la peine applicable à l'auteur de cette infraction ». Cette disposition ne parlant que d'un auteur, il faut en déduire que l'instigateur est un participant secondaire à l'infraction [1]. Le même raisonnement

[1] Logoz, p. 99; Thormann-von Overbeck, p. 120.

doit être tenu en ce qui concerne le complice, qui n'est qu'un personnage auxiliaire.

Il convient, dès lors, de déterminer si tous ces participants à l'acte punissable, dont la peine est différente suivant le degré de participation au délit, peuvent être condamnés à la réparation du dommage qu'ils ont causé proportionnellement à la peine infligée. En d'autres termes, l'auteur devant subir une peine d'emprisonnement d'un mois et le complice de 15 jours, devront-ils être condamnés à verser au lésé l'un 200 fr., l'autre 100 fr, si le dommage s'élève à 300 fr. ? En outre, doit-on admettre que l'auteur sera tenu quitte à l'égard de celui qui subit le dommage s'il s'acquitte de son dû, alors que le complice ne paie pas ? Y a-t-il solidarité passive entre les débiteurs ? Comme il appartient au droit pénal de déterminer quand un délit est réalisé et quelle peine il y a lieu de prononcer, c'est le droit civil qui règle la façon dont la réparation *civile* doit être obtenue. L'article 50, 1er alinéa CO répond simultanément à ces deux questions: « Lorsque plusieurs ont causé ensemble un dommage, ils sont tenus solidairement de le réparer, sans qu'il y ait lieu de distinguer l'instigateur, l'auteur principal et le complice » [1]. Il n'est donc fait, pour l'action civile, aucune distinction entre participants principaux et secondaires. Tous sont solidairement responsables, mais disposent d'un droit de recours les uns contre les autres.

Nous ne devons envisager, dans ce travail, que les cas où l'obligation résulte d'actes illicites et non pas de contrats ou de la loi. Si donc plusieurs personnes répondent du même acte illicite, qui a la même cause et entraîne une responsabilité solidaire de la part des instigateurs, auteurs et complices, le droit de recours des uns contre les autres doit être fixé selon la libre appréciation du juge (art. 50, 2e al. CO) et non pas conformément à l'article 148 CO [2]. Comme l'indiquent Oser-Schönen-

---

[1] Remarquons immédiatement que les notions d'« instigateur » et de « complice » ne sont pas identiques à celles du droit pénal. Cf. von Tuhr, vol. I, p. 364; Becker, rem. 6 *ad* art. 50; ATF 55 II 310; *Journal des tribunaux* 1930, p. 274 *c*, 2.

[2] Guhl, p. 101.

berger dans leur commentaire [1], cette dernière disposition laisse supposer que les obligations des débiteurs sont égales entre elles. En ce qui concerne le droit de recours des intéressés les uns contre les autres, il ne paraîtrait pas équitable d'appliquer l'article 148 CO dans tous les cas. Même si la responsabilité de chaque individu ayant provoqué l'acte illicite est engagée pour la totalité du dommage causé, il convient toutefois de tenir compte du degré différent de participation à l'acte incriminé. C'est pourquoi le juge est autorisé à tenir compte de la gravité de la faute de chacun des participants pour fixer le montant qu'il doit et son droit de recours contre les autres (art. 50, 2e al. *in fine*).

L'article 50 CO développant spécialement la question de la responsabilité plurale en cas d'actes illicites [2], il est hors de doute que cette disposition spéciale doit être prise en considération avant l'article 148 CO.

Selon le 2e alinéa de l'article 50, le juge « apprécie » si les personnes qui ont causé ensemble un dommage ont un droit de recours les unes contre les autres. Il ne semble pas ressortir de cette disposition une obligation pour l'autorité judiciaire de se prononcer sur cette question, de sorte que nous concluons que le droit de recours d'un participant à l'acte illicite contre les autres ne doit pas être ordonné d'office. Si tel était le cas, il aurait fallu le prévoir de façon expresse.

III. Légitime défense; état de nécessité.

Un fait dommageable ne constitue une infraction et ne donne lieu à une responsabilité civile que s'il est contraire au droit de la personne qui l'accomplit [3]. Tel ne sera pas le cas lorsqu'une personne attaquée se défend, car elle est alors en état de légitime défense. C'est parce que l'on ne saurait lui contester le droit de repousser une attaque injuste que la plupart des législations pénales prévoient que l'acte commis — lorsque certaines condi-

[1] *Kommentar zum Schweiz. Zivilgesetzbuch: Das Obligationenrecht, ad* art. 50, 2e édition.

[2] Voir la note marginale du code.

[3] Garraud, p. 621.

tions sont réalisées — n'est pas punissable (art. 33 CPS). Cet acte est donc conforme au droit [1]. Mais comme nous l'avons démontré plus haut, l'impunissabilité n'est pas un élément suffisant pour admettre sur-le-champ qu'une réclamation civile ne peut être exigée. Là où il n'y a pas délit pénal, il peut y avoir délit civil. De plus, selon l'article 53, 1er alinéa CO, « le juge (civil) [2] n'est point lié par les dispositions du droit criminel en matière d'imputabilité, ni par l'acquittement prononcé au pénal, pour décider s'il y a eu faute commise ou si l'auteur de l'acte illicite était capable de discernement » [3]. Toutefois, le CO prévoit précisément qu' « en cas de légitime défense, il n'est pas dû de réparation pour le dommage causé à la personne ou aux biens de l'agresseur » (art. 52, 1er al. CO). La question est ainsi tranchée. Si les biens d'autrui sont atteints, le juge détermine équitablement le montant de la réparation (art. 52, 2e al. CO). Il s'agit ici d'une mesure d'équité semblable à celle prévue à l'article 54 CO pour les personnes incapables de discernement — mesure qui doit tenir compte de la situation économique des parties —, mais en principe, un dédommagement n'est pas dû [4].

Un individu peut aussi se trouver dans une situation telle que, pour préserver d'un danger imminent un bien appartenant à lui-même ou à autrui, il est dans la nécessité de causer un dommage à la chose d'un tiers. L'acte ainsi commis dans un état de nécessité n'est pas, lui non plus, punissable lorsqu'il a été accompli dans les conditions fixées par l'article 34 CPS. L'état de nécessité au sens large du terme comprend aussi la légitime défense [5]. Il se distingue toutefois de celle-ci parce que l'auteur ne doit

---

[1] Logoz, p. 132.

[2] Le juge pénal qui statue simultanément sur l'action pénale et l'action civile est, d'une part, juge pénal quand il se détermine sur l'action publique, d'autre part, juge civil lorsqu'il tranche l'action civile, et il doit, dans ce dernier cas, appliquer les principes de droit civil aux cas particuliers du CO.

[3] ATF 25 II 25 (la légitime défense se définit à la lumière, non du code pénal fédéral de 1853, mais des principes généraux du droit); 44 II 150, 325.

[4] RJB 46/149; Logoz, p. 132.

[5] Logoz, p. 131, 137.

pas faire face à une attaque, mais qu'au contraire celui qui agit lèse lui-même le bien d'autrui [1] pour protéger le sien.

Les articles 52, 2e alinéa, CO et 701 CC prévoient l'« usage autorisé de la force » et le « cas de nécessité ». Cependant, ils n'envisagent que les atteintes portées au patrimoine, tandis que l'article 34 CPS a une portée plus large et prévoit notamment outre le patrimoine, la vie, l'intégrité corporelle, la liberté et l'honneur. Les notions pénale et civile de l'état de nécessité ne se couvrent donc pas complètement [2]. On peut donc en déduire que s'il s'agit d'une atteinte au patrimoine — prévue tant par la législation pénale que civile —, le juge pénal se déterminera, pour statuer sur l'action civile intentée contre celui qui a agi dans un état de nécessité, selon les articles 52, 2e alinéa CO et 701 CC. En revanche, si le dommage atteint la vie, l'intégrité corporelle, la liberté ou l'honneur — notions qui n'ont pas d'équivalent exact en droit civil —, l'autorité répressive jugera sur la base des principes généraux traitant des obligations résultant d'actes illicites (art. 41 s. CO, en particulier art. 45, 47 et 49).

Comme pour celui qui provoque un dommage en état de légitime défense, l'individu causant un préjudice aux biens d'autrui lorsqu'il agit en état de nécessité peut être tenu à verser une indemnité équitable (art. 4 et 701, 2e al. CC). Ce fait ne constitue toutefois pas une exception au principe qu'une réparation n'est pas due quand les conditions de l'article 34 CPS ou même 52, 3e alinéa CO sont remplies.

IV. Désignation de la personne contre laquelle l'action civile est dirigée.

L'action civile doit être intentée contre celui qui a commis le délit, soit donc, en premier lieu, contre l'auteur et le co-auteur. Elle peut aussi l'être conjointement contre les autres participants à l'infraction (instigateur et complice), mais elle ne saurait tendre à la réparation intégrale de la part de chacun des prévenus.

---

[1] Dans le même sens: Logoz, p. 138.
[2] Logoz, p. 138.

Nous ne suivons donc pas Waiblinger [1], qui prétend que le lésé doit se décider à actionner tel ou tel participant. Il peut actionner n'importe quel participant et réclamer, s'il le veut, un dédommagement à un seul. Rien ne s'oppose, selon nous, à ce que les participants secondaires soient seuls visés, même si les participants principaux sont prévenus au procès, car ils sont solidairement responsables du dommage causé (art. 50 CO). Ils pourront ensuite se retourner contre les autres participants. Si un seul prévenu est actionné civilement, il est recommandé au lésé d'interrompre la prescription (art. 60, 1er al. CO) de l'action contre les autres participants, à moins que la prescription pénale — applicable à l'action civile lorsque les dommages-intérêts dérivent d'un acte punissable pénalement (art. 60, 2e al. CO) — ne soit de plus longue durée que l'action civile. Le lésé aura ainsi sauvegardé tous ses droits et pourra, s'il s'est constitué plaignant au sens de l'article 41, chiffre 1 CPPB et suivant l'évolution du procès, actionner civilement ou bien, si la clôture des débats a déjà été prononcée, porter son action devant le juge civil [2].

L'action civile doit être dirigée contre une personne déterminée [3]. Si l'instruction a lieu contre un inconnu (art. 90 CPPB), nous estimons, avec Matti [4], et contrairement à l'opinion exprimée par Waiblinger [5], que le lésé peut se constituer valablement plaignant (partie civile), quitte à préciser, lorsque l'instruction aura permis de connaître l'auteur de l'infraction, que son action est dirigée contre un tel. De même, nous pensons, avec Krauer [6], que l'action peut être intentée contre la personne dont l'acte incriminé fera l'objet d'un jugement pénal, sans que de plus amples renseignements soient donnés sur l'auteur de l'infraction [7].

---

[1] P. 14.
[2] Waiblinger, p. 14-15.
[3] MBR 11/198; 13/134.
[4] P. 77-78.
[5] P. 14.
[6] P. 77. « Es genügt ein Antrag gegen gerichtlich im Urteil bestimmbare Täterschaft ».
[7] Opinion contraire: Waiblinger, p. 14.

V. Personne civilement responsable

1. Selon la doctrine [1], l'action civile peut être uniquement dirigée contre le prévenu, c'est-à-dire contre une personne pénalement responsable. Ainsi, l'obligation de réparer ne pèserait plus, de façon indirecte, sur la personne civilement responsable.

Tel n'est pas notre avis. Il est vrai que le CPPB de 1854 contenait plusieurs dispositions expresses sur cette question [2], tandis que celui de 1928 est muet. On pourrait, par conséquent, admettre que le législateur a volontairement omis, lors de l'élaboration du nouveau code, de parler de la personne civilement responsable, parce qu'il ne voulait plus qu'elle participât au procès. Ce raisonnement ne nous paraît cependant pas pertinent. Il convient de répéter que l'action civile, par sa nature, reste soumise aux règles du droit civil, qui connaît le principe de la responsabilité civile indirecte (p. ex. art. 333, 426 s. CC; 55, 56 [3], 58 CO). Celle-ci se fonde sur une faute, qui consiste, pour celui qui en répond, à n'avoir pas surveillé de la manière usitée et avec l'attention commandée par les circonstances les personnes ou animaux soumis à son autorité (art. 333 CC; 55, 56 CO), à n'avoir pas observé la diligence d'un bon administrateur (art. 426 CC) ou la diligence qui eût empêché le dommage de se produire (art. 55, 56 CO). Enfin, la faute peut consister dans les vices de construction ou le défaut d'entretien d'un bâtiment (art. 58 CO). L'acte incriminé démontre la faute de celui qui ne l'a pas évitée (à dessein ou par négligence). Cette faute est personnelle, et celui qui l'a commise doit en répondre selon des règles expresses (art. 333; 426 s., 454 s. CC; 55, 56, 58 CO) ou générales (art. 41 s. CO). Or, l'article 3 CPPB prévoit que « l'action en réparation du dommage causé par un acte punissable appartient à tous ceux qui ont souffert du dommage » ... Cet article, pas plus qu'un autre du code, ne précise par qui et comment la réparation du dommage doit être effectuée. C'est au droit matériel —

---

[1] Waiblinger, p. 15; Krauer, p. 73; Comment: *Cours de procédure pénale bernoise à l'Université de Berne* (non publié).

[2] Art. 299, 309, 321, 366, 368.

[3] RJB 45/512 (jugement rendu sous l'empire de l'ancien CPPB); 61/236.

soit au droit civil — qu'il incombe d'apporter la lumière sur ce point. Le même article déclare aussi que l'action en réparation « peut être poursuivie en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique ». Le principe de l'action « adhésive » est renfermé dans ce corps de phrase et rien ne permet de dire que les règles régissant la question de droit civil traitée au cours de la procédure pénale doivent être appliquées partiellement ou limitativement. Si le législateur n'entendait pas introduire l'individu civilement responsable dans le cercle des personnes participant au procès pénal, il devait le prévoir expressément. Faute d'une telle disposition, nous ne voyons pas pourquoi toutes les règles de droit civil ne seraient pas applicables dans leur intégralité. Du reste, comme nous l'avons déjà vu [1], la jurisprudence [2] admet que la masse en faillite est substituée au failli — qui perd sa qualité de partie au procès pour les contestations relatives à des biens de la masse — après la suspension du procès. Ainsi donc, la règle selon laquelle l'action civile peut uniquement être dirigée contre la personne pénalement responsable n'est pas intégralement respectée. Nous prétendons même que si elle était admise, on se trouverait en présence d'un empiètement du droit pénal dans le droit civil. Or, le droit pénal a uniquement pour mission, en l'occurrence, d'indiquer au juge si le prévenu a commis une infraction pénale, s'il est responsable de cette infraction et par conséquent punissable, et si une peine doit lui être infligée. Au surplus, à considérer l'article 259 CPPB — qui constitue lui-même une exception importante aux principes de l'article 3 CPPB —, on devrait admettre, si l'on voulait prétendre que l'action civile ne peut être dirigée que contre la personne *pénalement* responsable, que le juge ou le tribunal ne peut plus statuer sur l'action dans le cas où le prévenu serait acquitté, soit donc quand la *responsabilité pénale n'est pas donnée.*

A cet argument, nous en ajoutons un autre, d'une portée plus générale: L'un des fondements pratiques de l'institution de l'action civile dans la procédure pénale est la faculté que l'on

---

[1] P. 75 s.

[2] RJB 46/685; 68/449 (jugement rendu après l'entrée en vigueur du CPPB de 1928).

veut donner au lésé de faire valoir plus rapidement ses prétentions, à moins de frais et avec le concours de l'Etat (lorsqu'il y a un délit poursuivi d'office et quand le ministère public occupe en justice et a pour tâche de rassembler les preuves du délit). L'obliger à participer au procès pénal en qualité de plaignant (au pénal), puis à soutenir un procès civil serait aller à des fins contraires à celles qui ont déterminé le législateur à créer l'institution que nous étudions. Au reste, le droit français, auquel nous avons emprunté ce principe, permet d'actionner la personne civilement responsable [1].

Il va sans dire qu'il ne saurait être question d'actionner la personne civilement responsable sans que l'auteur du dommage ne participe au procès. Le lésé devra prouver que la dite personne a commis une faute.

2. Le principe de la personne civilement responsable n'est toutefois plus, dans tous les cas, limité à l'individu qui commet une faute. La loi fédérale du 15 mars 1932 sur la circulation des véhicules automobiles et des cycles a étendu le cercle des personnes civilement responsables et a profondément modifié la notion de la responsabilité civile indirecte. Jusqu'à l'entrée en vigueur de cette loi (1er janvier 1933), on appliquait les dispositions générales du CO se rapportant aux obligations résultant d'actes illicites (art. 41 s.) pour déterminer si l'infraction aux règles de la circulation pouvait donner lieu à une réparation civile. L'existence d'une faute devait donc être établie, comme pour les cas cités plus haut. Le nouveau droit prévoit des dispositions spéciales sur la responsabilité civile (art. 37, 47; 56 et 57). L'article 37, 1er alinéa dispose que « si par suite de l'emploi d'un véhicule automobile, une personne est tuée ou blessée ou un dommage matériel est causé, le détenteur est civilement responsable ». La loi ne dit pas ce qu'il faut entendre par « détenteur » et la doctrine diverge sur ce point [2]. Nous pensons qu'il doit s'agir du titulaire du permis de circulation. Or, le détenteur d'un véhicule automobile doit contracter une assurance-responsabilité civile couvrant les dommages causés par

[1] Garraud, p. 620.

[2] Bussy, p. 79; Strebel, t. II, p. 511, et les auteurs qui y sont cités.

l'emploi de sa voiture (art. 48, 1er al. LA) et le lésé a la faculté d'actionner directement l'assureur dans la limite des sommes prévues par le contrat (art. 49, 1er al. LA). Il s'agit bien de la plus grande innovation de la loi, innovation qui révolutionne la conception de la responsabilité civile indirecte admise jusqu'alors, puisqu'il fallait établir une faute pour pouvoir poursuivre avec succès, tandis qu'à présent, cet élément est superflu, l'obligation de l'assureur étant automatique et découlant directement de la loi. La question à résoudre est donc celle de savoir si, même sans faute de l'assureur, ce dernier peut être actionné civilement au cours du procès pénal.

Si l'on s'en réfère derechef à l'article 3 CPPB, duquel il ressort, selon nous, que l'action civile peut être intentée conformément à *tous* les principes de droit civil — donc aussi selon les articles 37 s. LA —, nous résolvons le problème par l'affirmative. En vertu de la LA, l'assureur — qui est légalement subrogé au détenteur — répare *directement* le dommage s'il est actionné conformément à l'article 49 LA. C'est pour tenir compte de cette subrogation légale que nous estimons possible, dans ce cas exceptionnel, de se passer d'une corrélation directe entre l'infraction et le dommage [1].

La jurisprudence est d'un autre avis. Dans un arrêt du 14 avril 1937 [2], la première chambre civile de la Cour suprême du canton de Berne a admis que le lésé n'avait pas la possibilité d'actionner directement l'assureur, car l'action civile ne pouvait être dirigée que contre la personne pénalement responsable. Relevons toutefois que la chambre pénale a confirmé, par jugement du 6 mai 1936 en la cause Béguelin contre Grienenberger [3], le jugement du 6 février 1936 rendu par le président du tribunal de Moutier, selon lequel Charles Dubler, employeur de Béguelin — dont la responsabilité dans un accident de circulation avait été reconnue comme engagée à raison de $^2/_3$ —, a été condamné à payer, en qualité de partie civilement responsable, les $^2/_3$ du dommage subi par Grienenberger.

---

[1] Cf., pour les cas de subrogation légale, p. 65 s.
[2] RJB 75/94; voir aussi, dans le même cas: ATF 63 II 347.
[3] Jugement non publié.

Selon la doctrine, seul le détenteur du véhicule qui a causé le dommage peut être l'objet d'une action en réparation [1].

3. Si celui qui a causé un dommage dans le sens des articles 41 s. CO est assuré contre les conséquences dommageables de ses actes, le lésé pourra-t-il actionner directement l'assureur ? Nous ne le pensons pas. A la différence des dispositions de droit civil de la LA, qui prévoient l'assurance obligatoire (art. 48) et l'action directe contre l'assureur (art. 49), le CO ne contient aucune disposition semblable. Il nous paraît dès lors que la preuve d'une faute doit être rapportée ainsi qu'il est développé sous 1. L'action directe contre l'assureur, telle que la prévoit l'article 49 LA, constitue une exception aux principes du CO et ne saurait, sans disposition expresse, être appliquée à d'autres cas. L'action civile contre la personne civilement responsable doit être limitée aux individus dont la responsabilité indirecte est prévue par la loi [2] et ne peut pas être utilisée par les personnes dont la responsabilité découle de contrats, car on en arriverait à admettre que la notion de la faute n'est plus nécessaire. On objectera que c'est précisément le cas de l'article 49 LA, mais une fois encore, il s'agit là d'une exception dont il faut nécessairement tenir compte puisqu'elle est expressément prévue par la loi.

---

[1] Strebel: art. 45 LA, note 4 *b*, t. II, p. 692: « Eine Adhäsionsklage wird praktisch nur in Frage kommen, wenn der Halter selbst geführt hat, oder wenn es sich um ein Delikt des Halters nach kant. Strafrecht handelt ».

Huber Erich: RJB 72/697 (705): « Der Anspruch gegen den Fahrzeughalter kann adhäsionsweise geltend gemacht werden, wenn er aus demselben Tatbestand hervorgeht wie der Strafanspruch (auch wenn im Strafpunkt nachträglich ein Freispruch erfolgt). »

Huber Hans: RSJ 30/288: Zur Anwendung des Motorfahrzeuggesetzes: « Das Adhäsionsverfahren wird unter dem Motorfahrzeuggesetz immer dann nicht anwendbar sein, wenn der Geschädigte die strenge Haftung des Art. 37 geltend machen will und der Führer nicht zugleich Halter ist... Es ist daher den Anwälten sehr zu empfehlen, vor der Einreichung von Zivilforderungen in Strafprozessen wegen Verkehrsunfällen genau zu prüfen, ob der Führer auch Halter war, wenn sie die Klage als solche auf Grund der Kausalhaftung begründen wollen. »

[2] Art. 333, 426, 454 CC; art. 55, 56, 58 CO.

En résumé, nous admettons:

1. Qu'une action civile peut être dirigée contre une personne civilement responsable dès qu'on peut lui reprocher une faute.

2. Que dans les cas prévus par la LA, l'action civile peut être intentée directement contre l'assureur, bien que celui-ci n'ait pas commis de faute.

VI. Autres cas

Le décès du prévenu a pour effet d'éteindre l'action publique (art. 3, 3e al., ch. 1 CPPB), car on ne peut poursuivre un mort. Dès lors, le procès ne pouvant être continué et la culpabilité de l'auteur de l'infraction ne pouvant être établie, il va de soi que l'action civile ne peut être jugée et que le lésé devra être renvoyé devant la juridiction civile pour faire valoir ses prétentions contre les *héritiers du prévenu*. Si le décès intervient après qu'il ait été statué sur les deux actions, celui qui a subi un dommage pourra en réclamer la réparation aux héritiers du défunt qui ont accepté la succession. Dans ce cas, il n'est toutefois plus question du procès pénal, mais uniquement de l'exécution du jugement (art. 369 CPPB). L'action civile ne peut donc s'ouvrir contre les héritiers.

Si une *personne morale* possède la capacité d'ester en justice — elle a la jouissance et l'exercice des droits civils —, la capacité pénale lui fait toutefois défaut. On se représente mal, en effet, qu'une association de personnes ou de capitaux (société anonyme) agissant par ses organes, soit déclarée pénalement responsable des actes commis par ses administrateurs ou ses représentants. Ce sont avant tout les représentants de la personne morale qui peuvent être poursuivis pénalement en justice [1]. La personne morale devra peut-être réparer le dommage causé par celui ou par ceux qui agissent en son nom, mais il ne pourra s'agir que d'une réclamation civile à présenter devant le juge civil. L'association pourra alors exercer un droit de recours contre le délinquant. L'action civile est donc aussi exclue contre une personne morale.

[1] RJB 44/340.

Lorsque la faillite est prononcée à l'égard d'un débiteur contre lequel une action civile est intentée en procédure pénale, le failli perd automatiquement la capacité d'ester en justice et la procédure doit être suspendue conformément à l'article 207 LP [1]. Si le procès est poursuivi, le failli, qui est le prévenu, ne peut donc plus être actionné civilement — du moins valablement — et c'est la *masse en faillite* qui lui est subrogée. Si une transaction a été passée par le failli après l'ouverture de la faillite, elle est nulle, non seulement en raison du fait que la suspension du procès n'a pas eu lieu comme il est prévu à l'article 207 LP [2], mais déjà et uniquement parce que le failli (prévenu) n'avait plus qualité pour transiger.

Le CPS contient des dispositions spéciales pour les *délinquants mineurs* (art. 82-100), qu'il classe dans différentes catégories, suivant l'âge. Sont réputés enfants, les personnes qui n'ont pas atteint quatorze ans révolus (art. 82 CPS, 31, 1er al. LiCPS). Celles qui ont moins de six ans révolus ne peuvent être impliquées comme prévenues dans un procès pénal. Les adolescents sont des personnes ayant plus de quatorze ans, mais moins de dix-huit ans révolus (art. 89 CPS; 31, 2e al. LiCPS). On fait une distinction entre ceux qui sont en âge de scolarité et ceux qui sont libérés de la scolarité obligatoire (art. 31, 3e al. LiCPS). L'âge transitoire comprend les personnes qui sont âgées de plus de dix-huit ans, mais de moins de vingt ans révolus (art. 100 CPS; 31, 4e al. LiCPS).

Les articles 30 — 62 LiCPS traitent du régime applicable aux délinquants mineurs, remplaçant ainsi la loi bernoise du 11 mai 1930 sur le même objet, abrogée par l'article 70, chiffre 27 LiCPS. Ils règlent la procédure (art. 30 — 59) relative aux enquêtes dirigées contre les enfants et adolescents en âge de scolarité (art. 46 — 48) et les adolescents libérés de la scolarité obligatoire (art. 49 — 56). Dans les dispositions générales de la procédure (art. 36 — 45) se rapportant aux deux groupes précités, il est dit, à l'article 39, que « le lésé ne pourra pas se

---

[1] P. 75 s.; Jäger, t. II, p. 180.
[2] RJB 68/449; voir en outre RJB 46/685; 38/175.

constituer partie civile dans la procédure, ni intervenir comme plaignant au sens de l'art. 43 Cpp ». La question est ainsi clairement résolue et une action civile ne pourra pas être intentée contre un mineur de moins de dix-huit ans révolus. Si le prévenu âgé de plus de dix-huit ans, mais de moins de vingt ans révolus est poursuivi simultanément pour des infractions commises avant et après sa dix-huitième année révolue, la procédure applicable aux adolescents libérés de la scolarité obligatoire entre en ligne de compte (art. 57 LiCPS), et une action civile ne peut pas alors être introduite. Si au nombre des différentes infractions, un crime a été commis au moment où le mineur avait plus de dix-huit ans, c'est la procédure pénale ordinaire qui est applicable (art. 57 LiCPS *in fine*). Dans ce cas, une action civile pourra être ouverte.

On peut raisonner de façon identique lorsque des mineurs de dix-huit ans révolus, mais de moins de vingt ans révolus sont poursuivis pour une infraction, car ils sont assimilés, du point de vue pénal, aux personnes majeures.

§ 8. — FAITS QUI DONNENT NAISSANCE A L'ACTION CIVILE

I. Action générale en dommages-intérêts et action civile en procédure pénale

Le lésé est au bénéfice d'une action pour faire valoir ses prétentions devant le juge. Cette action se nomme « civile ». L'article 3 CPPB la dénomme aussi « action en réparation du dommage causé par un acte punissable ». Mais un fait peut fort bien ne pas être prévu par la législation pénale et être illicite et dommageable. Le dommage ainsi causé doit aussi pouvoir être réparé et celui qui le subit dispose d'une *action en dommages-intérêts*.

Elle a des points identiques avec l'*action civile :*

1. Elles tendent toutes deux au *même but :* la réparation du préjudice;

2. Elles ont la *même cause :* le dommage causé par l'acte illicite.

Les deux actions présentent toutefois les distinctions suivantes:

1. L'action en dommages-intérêts naît d'un *délit civil*, qui n'est pas, en même temps, un délit pénal; l'action civile naît d'un *délit pénal*, qui est, en même temps, un délit civil.

2. Il en résulte que l'action en dommages-intérêts ne peut être portée que devant la *juridiction civile*, tandis que l'action civile issue d'une infraction peut être intentée aussi bien devant les *tribunaux pénaux que civils*.

3. Dans l'action en dommages-intérêts, il n'y a qu'une lésion de l'intérêt privé et le procès a pour parties un *créancier* (demandeur) et un *débiteur* (défendeur). L'action civile étant issue d'une infraction pour laquelle la loi prévoit une sanction, et l'Etat intervenant pour statuer sur la criminalité de l'acte et la condamnation de son auteur, il est évident que l'intérêt public est plus marqué dans l'action civile que dans l'action en dommages-intérêts ordinaire, et les personnes en présence seront le *plaignant* au sens de l'article 43, 1er alinéa, chiffre 2 CPPB (partie civile proprement dite) et le *prévenu* [1].

II. Conception de la doctrine et de la jurisprudence sur les faits qui donnent naissance à l'action civile

L'action civile ne peut être intentée que s'il y a contestation avec le prévenu, soit sur le principe même de la réparation, soit sur le montant de celle-ci. Si l'auteur du dommage admet les prétentions du lésé,il n'y a pas de litige et l'affaire ne peut être du ressort d'une juridiction contentieuse. Le juge pénal ne devrait donc statuer sur une telle action. Ainsi, la chambre pénale a admis, avec raison, que le lésé tombé en faillite ne peut être actionné civi-

[1] Le droit français fait encore les distinctions suivantes:

1. Tandis que la prescription de l'action en dommages-intérêts est de trente ans (art. 2262 CCfr), celle de l'action civile est la même que la prescription de l'action publique (art. 2, 637, 638, 640 CICr).

2. L'action en dommages-intérêts tend à faire reconnaître et liquider une créance civile ordinaire, dépourvue de garanties spéciales; l'action civile aboutit à une condamnation garantie par la solidarité légale et la contrainte par corps. Cf. Garraud, p. 610.

lement au cours d'un procès pénal lorsque sa prétention a été acceptée intégralement dans un état de collocation exécutoire[1].

L'article 3, 1er alinéa de l'ancien CPPB prévoyait déjà que « l'action en réparation du dommage causé par un délit peut être poursuivie par tous ceux qui ont souffert de ce dommage, en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique ». A part quelques modifications d'ordre rédactionnel, le nouveau code a repris exactement la même idée. Il impose donc une condition de recevabilité pour que l'action civile puisse être intentée et exige que celle-ci soit non seulement fondée sur des règles de droit civil, mais qu'elle découle du fait dommageable donnant lieu à la poursuite pénale. C'est là une condition essentielle et nécessaire de l'action « adhésive », puisque celle-ci ne peut être soumise à la juridiction répressive que si elle se fonde sur un délit pénal. La doctrine est uniforme sur ce point [2].

[1] RJB 38/176, 177; 63/29; 68/397.

[2] THORMANN (ZSchwStrR: 20/67): L'action civile n'est donnée que « bei denen (Zivilklagen) das faktische Klagefundament mit dem strafrechtlich relevanten Tatbestand zusammenfällt ».

WEISS *(Die Behandlung konnexer Zivil- und Strafsachen in der Schweiz. Prozessgesetzgebung*, p. 19): « Wir haben uns in diesem I. Teil unserer Arbeit mit demjenigen Zusammenhang der Zivil- und Strafsachen zu beschäftigen, der darin besteht, dass eine und dieselbe Handlung zwei Rechtsansprüche erzeugt: einen Anspruch des Staates... »

GARRAUD: « Un fait ne donne ouverture à l'action civile que s'il constitue une infraction dommageable » (*Précis*, p. 610); « L'action civile ne peut naître que si le fait, dans lequel elle puise son origine, réunit deux caractères: si ce fait est une infraction et si cette infraction est dommageable » (*Traité* I, p. 233).

Hélie FAUSTIN (p. 555): « Elles (l'action civile et l'action pénale) sortent l'une et l'autre d'un même fait, c'est la même infraction qui les produit. »

KRAUER (p. 71): « Die Zivilklage muss auf eine vom Kläger als strafbar behauptete Handlung begründet sein, diese Handlung muss somit den Zivilanspruch verursacht haben. »

MATTI (p. 43; RJB 52/329 (334): « Die erste Bedingung, die das StrV an den Zivilanspruch stellt, ist somit die, dass der gleiche Tatbestand sowohl einen Straf- wie einen Zivilanspruch hervorgebracht haben muss. »

WAIBLINGER (p. 10 et 11): « Nur Zivilklagen aus strafbarer Handlung können vor dem Strafrichter geltend gemacht werden. »

HUBER (RJB 72/697 (702)): « Zu den Voraussetzungen einer Adhäsionsklage gehört in erster Linie, dass der staatliche Strafanspruch und der private Zivilanspruch durch ein und dieselbe Handlung (*ex eodem facto*) entstanden sind (Grundsatz der Identität des Tatbestandes). »

La jurisprudence de la chambre pénale n'a pas été constante sur la question de savoir quels sont les faits qui peuvent être l'objet d'une action civile [1]. Avant 1880, elle admettait que toute une série de prétentions civiles pouvaient être présentées au juge pénal, entre autres la déclaration en nullité d'un contrat. Vers 1880, elle restreignit le nombre des faits permettant l'ouverture d'une action civile à ceux qui dérivaient de l'article 50 de l'ancien CO (art. 41 CO) [2]. Cette jurisprudence se fondait sur les articles 3, 288 et 452 de l'ancien CPPB [3]. Dans le jugement Reusser, du 8 juin 1912 [4] la chambre pénale tendait à donner une interprétation plus large aux dispositions légales et déclarait, notamment, que les prétentions résultant de la protection de la possession (art. 927 CC) peuvent faire l'objet d'une action civile. Elle ne paraissait cependant pas prendre en considération le fait que l'action incriminée doit être la même pour l'action publique que pour l'action civile [5]. Nous relevons un cas identique dans RJB 52/640 [6]. Le jugement paru dans RJB 53/202 tient compte, en revanche, de l'identité des faits (pour l'action pénale et l'action civile) dérivant de l'acte incriminé.

Un rapport de septembre 1926 sur le projet d'un nouveau code de procédure pénale que la direction de la justice présenta au Conseil-exécutif, à l'intention du Grand Conseil, dit en particulier: « La condition de la partie lésée a de même été améliorée

[1] Voir à ce sujet Matti, p. 41 s., et le même auteur dans RJB 52/329 (333 s.).

[2] Lauterburg: RJB 24/306 (341); MBR 13/215; RJB 38/186; 49/162; 52/640; 65/524; 72/685.

[3] Huber: RJB 72/697 (703 s.). Nous ne saisissons pas bien ce que l'auteur développe aux pages 703 et 704 au sujet du jugement paru dans RJB 45/512. La chambre pénale admettait, semble-t-il, que l'action civile pouvait être intentée dans le cas de l'article 65 de l'ancien CO (art. 56 CO).

[4] RJB 49/161.

[5] RJB 49/161: « Da im Strafverfahren adhäsionsweise nur Zivilklagen aus strafbarer, bezw. unerlaubter Handlung im Sinne des Art. 41 OR angebracht werden können, ist zunächst zu prüfen... »

[6] « Immerhin kann es sich dabei nur um einen Anspruch *ex delicto* handeln, d. h. es muss der geltend gemachte Zivilanspruch aus zivilrechtlich unerlaubter Handlung begründet sein. »

considérablement, tout d'abord par l'extension apportée à l'action civile en raison des faits punissables, et ensuite.... »[1]. D'autre part, dans son « Exposé des motifs du projet de code de procédure pénale bernois », de juillet 1927, Thormann déclare, entre autres: « Mais, contrairement à une ancienne pratique des tribunaux, le projet accueille toutes les actions civiles dérivant d'une infraction, non pas seulement l'action en dommages-intérêts »[2]. Enfin, dans son message au peuple bernois, de mars 1928, le Grand Conseil manifestait son opinion de la façon suivante: « L'article 3 s'applique à l'action en réparation du dommage causé par le délit, dont l'exercice est quelque peu élargi »[3].

Ces textes montrent pertinemment que le législateur a entendu donner à l'action civile une portée plus étendue qu'elle n'avait jusqu'alors.

III. Le dommage

L'article 3 CPPB traite de « l'action en réparation du dommage causé par un acte punissable ». Il se borne à poser le principe, sans indiquer ce qu'il faut entendre par « dommage ». Reconnaissons, à ce sujet, que le législateur s'est cantonné, ainsi qu'il le devait, dans la sphère attribuée à la procédure pénale, car il n'appartient pas à celle-ci de préciser cette notion; elle ressortit au droit civil. On entend, en général, par dommage, la privation ou la lésion d'un bien. Il peut y avoir deux sortes de dommages: celui qui est *réparable et celui qui ne l'est plus*. Dans le premier cas, nous songeons à une chose qui a été usurpée ou à un possesseur troublé dans la possession de cette chose. Encore faut-il qu'un dommage matériel n'ait pas été causé à la chose. Le lésé disposera alors de la réintégrande (art. 927 CC) et de l'action en raison du trouble de la possession (art. 928 CC). Nous classons dans les dommages irréparables ceux qui ont partiellement ou totalement détruit un bien, ceux qui ont causé une invalidité ainsi qu'une atteinte à la liberté et à l'honneur.

Cette différenciation s'impose car la réparation du dommage variera suivant la nature de celui-ci. S'il s'agit d'un dommage

[1] P. 38.
[2] P. 40.
[3] P. 41.

réparable, par exemple dans les cas des articles 927 et 928 CC, l'état de choses antérieur sera rétabli. Si ce n'est plus possible (dommage irréparable), le lésé aura droit à une juste compensation, qui peut se traduire par la remise d'une somme d'argent ou par des prestations en nature appréciables en argent.

L'article 3, pas plus que d'autres dispositions du CPPB, n'exige, pour intenter l'action civile, que l'on se trouve en présence d'un *dommage matériel*. Il est donc hors de doute que le *dommage moral peut* aussi donner lieu à l'action que nous étudions. Il s'agit ici d'un dommage inappréciable en argent, et la réparation ne pourra se fonder que sur les règles de l'équité. La difficulté d'établir le préjudice et son montant ne constituerait pas une raison suffisante pour contester le principe même de la réparation.

L'action civile n'étant ouverte que lorsque le dommage dérive d'un fait punissable, ce dommage doit être immédiat, c'est-à-dire causé directement par l'infraction [1].

Au vu du développement qui précède, nous pouvons poser les critères suivants:

1. Peuvent faire l'objet d'une action civile tous les actes punissables ayant provoqué un dommage. Sont toutefois exceptées les actions civiles dont les parties n'ont pas la libre disposition [2].

2. Le dommage peut être matériel ou moral.

3. La réparation peut consister dans le rétablissement de l'état de choses antérieur au délit, dans le versement de dommages-intérêts, d'une indemnité ou d'une compensation d'autre nature [3].

Pour que l'action civile soit valablement intentée, le dommage doit être causé par un *acte punissable* (art. 3, 1er al.

[1] Le dommage est direct lorsque l'infraction (lésions corporelles — art. 122 s. CPS) cause directement la lésion (jambe cassée).

Le dommage est indirect lorsque l'infraction (lésions corporelles) empêche le lésé de se rendre chez un tiers pour conclure une affaire, par exemple, et que ce tiers conclut entre temps avec une autre personne.

[2] Art. 3, al. 1, CPPB; voir p. 125 s.

[3] Cf. à ce sujet le chapitre suivant.

CPPB) [1]. Si l'on voulait interpréter à la lettre ce dernier terme, on devrait admettre qu'il ne peut être statué sur l'action de droit privé que si l'action publique est donnée et que le prévenu est reconnu coupable et condamné. Ce serait là une interprétation par trop restreinte. Il suffit que l'action civile se fonde sur le même *fait punissable* que celui qui donne lieu à l'action publique. Il n'est pas nécessaire que ce fait soit l'objet d'une sanction pénale; ce qui importe, c'est qu'il ait été l'objet des débats principaux. Même en cas d'acquittement, le juge devra néanmoins statuer sur l'action civile (art. 259, al. 1 CPPB). Le fait à la base de l'action publique peut fort bien ne pas constituer une infraction pénale et donner lieu à des prétentions de droit civil fondées sur un acte illicite de droit privé [2]. C'est ce qui ressort de l'article 255, 1er alinéa, CPPB, qui prévoit que le jugement doit porter sur le *fait incriminé* par l'acte de renvoi. Cette disposition se rapporte tant à l'action pénale que civile [3].

Le CPPB ne fournit aucun renseignement indiquant ou précisant la nature des faits qui peuvent donner lieu à une action civile. Ainsi que nous l'avons vu à la page 115, l'article 3 parle, d'une façon générale, du « dommage causé par un acte punissable », les articles 1er et 43, chiffre 1, de la « partie lésée » — soit donc de celle qui subit une « lésion » — et l'article 43, chiffre 2, de quiconque portant devant l'autorité pénale « une action en réparation du dommage causé ». L'article 252, 4e alinéa, énonce que « le plaignant est tenu de spécifier ses *réclamations* dans un état ou une déclaration au procès-verbal, avec preuves à l'appui » [4]. L'article 259, 2e alinéa, ne donne, lui non plus, aucune précision [5, 6].

---

[1] RJB 67/273; 73/394; Matti: RJB 52/329.

[2] Dans le même sens: Waiblinger, p. 11; Matti, p. 43; Krauer, p. 71, 72; Huber: RJB 72/697 s. (704).

[3] Voir aussi p. 94 s. à ce sujet.

[4] Le texte allemand parle de « Entschädigungsforderungen ».

[5] « Réclamation » (art. 259, 2e al. CPPB) correspond à « Zivilanspruch » du texte allemand.

[6] L'ancien CPPB disposait en revanche à l'article 288: « Le lésé ne sera considéré comme partie civile que dans le cas où il aurait pris dans la dénonciation ou prendrait lors des débats des conclusions relatives à ses intérêts civils (dommages-intérêts, réparation d'honneur,

Tous ceux qui ont souffert d'un dommage causé par un acte punissable peuvent en demander la réparation (art. 3, 1er al. CPPB). Il ne peut toutefois s'agir que des individus subissant une atteinte dans leurs droits protégés tant par la législation pénale que civile et lorsque l'atteinte est issue du même fait répréhensible (tant au pénal qu'au civil). On peut alors se demander si le juge pénal pourra admettre intégralement une action civile qui se fonde, par exemple, sur une disposition légale autorisant l'ouverture d'une action visant à différents buts, sans qu'il soit précisé lequel on entend atteindre. Nous pensons à l'article 928 CC, qui donne au possesseur troublé dans sa possession la faculté d'actionner l'auteur du trouble pour obtenir trois sortes de satisfaction: 1. Cessation du trouble, 2. Défense de causer de nouveaux troubles, 3. Réparation du dommage.

Il ne saurait faire de doute que le trouble causé au possesseur peut avoir été provoqué par un fait punissable et qu'ainsi le lésé peut demander au juge de le faire cesser (voir ch. 1 ci-dessus). Si l'infraction a causé un dommage, on pourra aussi en demander la réparation (voir ch. 3 ci-dessus). Mais la défense de causer d'autres dommages (voir ch. 2 ci-dessus), soit des dommages encore inexistants, ne saurait faire l'objet d'une action civile. D'ailleurs, un dommage futur, c'est-à-dire qui n'existe pas encore, ne peut pas donner lieu à réparation. Si donc le juge pénal doit statuer sur une action civile fondée sur l'article 928 CC, sans que son but soit précisé, il pourra déclarer recevable la demande tendant à la cessation du trouble et à la réparation du dommage, mais ne pas statuer sur la question de l'interdiction de nouveaux troubles. Ainsi, le bien-fondé de toutes les prétentions formulées n'étant pas reconnu, le juge en tiendra compte lorsqu'il se prononcera sur les frais.

---

etc.) » On avait ainsi la notion des intérêts civils, bien qu'elle n'ait pas été complète (voir adjonction: « etc. »).

L'article 342, 2e alinéa, anc. CPPB — qui correspond à peu près, dans son esprit, à l'article 252, 4e alinéa CPPB actuel — déclarait que « la partie civile déposera sur le bureau un état des dommages-intérêts et des frais par elle réclamés ». L'article 365 parlait aussi de dommages-intérêts, et l'article 452 (appel au civil) des intérêts civils et des dommages-intérêts.

IV. Principaux faits donnant naissance à l'action civile

1. *Faits tirés du CC.*

Selon l'article 28, « celui qui subit une atteinte illicite dans ses intérêts personnels peut demander au juge de la faire cesser » (al. 1). Le CC n'exige toutefois pas une faute de celui qui a causé l'atteinte illicite [1] pour que l'on puisse se prévaloir de l'article précité. A côté de l'action en cessation de l'atteinte illicite, la dite atteinte donne aussi lieu à une action en constat [2], qui peut, sans aucun doute, faire l'objet d'une action civile [3]. Il en est de même pour l'action en dommages-intérêts ou en paiement d'une somme d'argent à titre de réparation morale prévue au 2e alinéa de cet article [4].

L'article 29 tend à la protection du nom. Selon le 2e alinéa, celui qui est lésé par une usurpation de son nom peut intenter action pour la faire cesser, sans préjudice de tous dommages-intérêts et d'une indemnité à titre de réparation morale. Waiblinger [5] n'admet la possibilité de faire valoir par voie adhésive des prétentions issues de cet article que dans le cas où il est demandé des dommages-intérêts ou une indemnité. Nous pensons toutefois, avec Matti [6], que l'action civile est aussi possible lorsqu'on intervient pour faire cesser l'usurpation. En effet, l'usurpation du nom provoque certainement un dommage (matériel, moral ou tous les deux) qui ne peut être interrompu que par le rétablissement de l'état de choses antérieur [7].

Krauer [8] estime que les prétentions issues des articles 93, 151 et 318 peuvent être l'objet d'une action civile (en tant, nous

---

[1] Matti, p. 63.
[2] RJB 51/26; Muller: RJB 51/442 s.
[3] Dans le sens contraire: RJB 53/464.
[4] Voir, au sujet du champ d'application de l'article 28 CC, l'ATF 68 II 129.
[5] P. 11.
[6] P. 63; RJB 52/328 (337).
[7] Si cette manière de voir n'était pas admise, on devrait aussi contester la possibilité d'actionner civilement dans les cas de cessation du trouble du possesseur (art. 928 CC), que Waiblinger admet néanmoins (p. 12). Voir en outre le développement relatif à l'article 927 CC, p. 121.
[8] P. 71, note 5.

semble-t-il, que la demande tend à l'obtention de dommages-intérêts ou d'une indemnité). Nous devons toutefois, avec Waiblinger [1], contester cette opinion, du moins pour les deux premiers cas, car les prétentions que l'on peut formuler en vertu des articles 93 et 151 ne se fondent pas sur un acte punissable, mais dérivent uniquement de la rupture des fiançailles et du mariage. Quant aux conséquences de la cohabitation dans les cas prévus à l'article 318 CC — du moins quand elle a été un acte criminel, un abus d'autorité ou lorsque la demanderesse était encore mineure —, le fait donnant lieu à une réparation civile peut être incontestablement le même que celui qui est poursuivi pénalement [2]. Mais l'action fondée sur l'article précité découle *directement* de la reconnaissance de la paternité du défendeur et, *subsidiairement* seulement, de la cohabitation délictueuse. Pour cette raison déjà, l'action fondée sur l'article 318 ne nous paraît pas possible. En outre, l'article 3, 1er alinéa, CPPB prévoit que les actions civiles dont les parties n'ont pas la libre disposition ne peuvent être portées devant les tribunaux répressifs. C'est le cas pour l'action en paternité [3]. Ainsi donc, l'opinion de Krauer ne nous paraît pas soutenable.

L'article 217 CPS traite de la violation d'une obligation d'entretien [4]. Il s'agit, au premier alinéa, de l'obligation découlant du droit de famille, c'est-à-dire des articles 152, 160, 268, 272, 319, 324, 325, 328, 329 CC [5]. Le 2e alinéa vise les infractions aux obligations des articles 309, 317, 319 CC (entretien) et 318 CC (indemnité pour tort moral) [6].

---

[1] P. 12.

[2] Art. 187 CPS (viol).

[3] Waiblinger, p. 18; Krauer, p. 73, note 15; Leuch, p. 267 *ad* art. 380 CPCB; voir en outre p. 125.

[4] Ce délit n'était pas connu du CPB. Par contre, la loi du 1er décembre 1912 sur la police des pauvres et les maisons d'internement et de travail prévoyait, à l'article 37, l'omission malicieuse de fournir des secours et des aliments. Cette disposition a été abrogée, lors de l'introduction du CPS, par l'article 70, no 23, LiCPS.

[5] Cf. code pénal suisse, édition romande publiée sous la direction de Panchaud (1942), *ad* article 217, p. 119.

[6] Id.

Nous nous sommes déjà exprimés (p. 120) sur l'article 318 CC mais, dans ce cas comme dans tous les autres, l'obligation que doit fournir la personne visée par les dispositions susindiquées résulte directement de la loi, d'un jugement ou d'une convention, et non pas de l'infraction (violation d'une obligation d'entretien). Dans ces conditions, la corrélation immédiate exigée entre le délit et le dommage causé n'existant pas, nous contestons aux personnes bénéficiaires des prestations qui peuvent être versées conformément aux dispositions de droit civil précitées la possibilité d'intenter une action civile en procédure pénale pour obtenir satisfaction.

Les articles 926 — 929 traitent de la protection de la possession. L'article 927 se rapporte à l'usurpation de la chose et l'article 928 au trouble provoqué dans la possession. La première de ces dispositions permet au demandeur de réclamer la restitution de la chose et la réparation du dommage. Ses prétentions pourront, sans autre formalité, être formulées à l'aide de l'action civile, car elles dérivent du fait qui a donné naissance à l'infraction. On ne peut toutefois demander la restitution de l'objet usurpé et la réparation du dommage dans le cas où l'objet n'a pas subi de détérioration. L'action tendant à la réparation du dommage n'intervient que subsidiairement, et seulement si un dommage est établi.

L'article 928 règle l'action en raison du trouble apporté dans l'exercice de la possession, action qui donne au lésé trois possibilités d'obtenir satisfaction: cessation du trouble, défense de le causer et réparation du dommage. Nous renvoyons, quant à la réparation du dommage, à ce qui est dit plus haut pour l'article 927 CC, et nous nous bornerons à analyser les deux autres éléments.

La cessation du trouble peut certainement être demandée au moyen de l'action civile si ce trouble constitue un acte punissable. De même, s'il a causé un dommage à l'objet du possesseur, le lésé pourra demander une réparation au moyen de l'action adhésive. Si, au contraire, l'action tend à la défense de causer des troubles — il ne pourra donc s'agir que de troubles futurs —, cette prétention ne peut être formulée au moyen de l'action

civile, car ces troubles futurs n'ont aucun rapport de causalité avec ceux qui sont déjà l'objet d'une sanction. Par ailleurs, ils n'ont causé aucun dommage [1].

2. *Faits tirés du CO*

A. *Obligations résultant d'un contrat*

De telles obligations ne peuvent être portées devant l'autorité répressive au moyen d'une action civile, car elles ne résultent pas d'un acte punissable, ainsi que l'exige l'article 3, 1er alinéa CPPB [2]. Toutefois, le contrat conclu par les parties peut ne pas être conforme à leur volonté (art. 1 s. CO). On se trouvera ainsi en présence de vices du consentement, qui peuvent être imputables soit à la partie qui s'en prévaut (art. 24 s. CO: erreur), soit au tiers contractant. Ce dernier cas peut précisément se produire lorsque le contrat est passé ensuite de dol (art. 28) ou sous l'empire d'une crainte fondée (art. 29). La partie induite à contracter par le dol ou sous l'empire d'une crainte fondée n'est pas obligée. Elle est toutefois sensée ratifier le contrat si elle a laissé s'écouler un an sans déclarer à l'autre partie sa résolution de ne pas le maintenir (art. 31, 1er al.). Cette ratification n'implique toutefois pas nécessairement la renonciation au droit de demander des dommages-intérêts (art. 31, 3e al.).

La doctrine n'est pas uniforme sur la question des prétentions qui peuvent être réclamées à l'aide de l'action civile. Matti [3] prétend que si les faits à la base du dol ou de la crainte fondée sont identiques à ceux qui font l'objet d'une action publique, une action civile tendant à reconnaître que le lésé n'est pas obligé peut être intentée (Anspruch auf Erklärung der Unverbindlichkeit eines Vertrages). Le fait de ne pas être obligé de contracter étant reconnu, l'état antérieur à la conclusion du contrat pourra être rétabli. L'action ne découle pas d'un contrat, mais dérive de l'acte punissable ayant abouti au contrat. En

---

[1] P. 118, dans le même sens: Matti, p. 66; Waiblinger, p. 12.
[2] RJB 52/639; 72/685.
[3] P. 62-63; RJB 52/328 (336-337).

revanche, si les obligations résultant du contrat ont déjà été exécutées, la corrélation directe entre le dommage et l'infraction n'existe plus et les sommes que l'on désire répéter doivent être demandées au juge civil.

Waiblinger [1] oppose à ces considérations que le contrat passé sous l'empire du dol ou de la crainte fondée est nul *eo ipso* et qu'un jugement constatant cet état de choses est par conséquent superflu [2]. On pourrait uniquement se demander si une action en constat ne serait pas indiquée pour établir que l'obligation n'existe pas (Klage auf Feststellung der Unverbindlichkeit). Rien ne s'oppose, selon l'auteur, à la restitution par voie adhésive des prestations effectuées au vu du contrat non valable.

Notre opinion est la suivante sur la question controversée:

1. Le contrat conclu ensuite de dol ou de crainte fondée n'étant pas valable *ex lege* — à moins de ratification au sens de l'article 31, 1er alinéa CO —, il nous paraît inutile de rechercher, comme le fait Matti, s'il y a identité de faits à la base du contrat vicié et de l'infraction.

2. Toutefois, il faudra établir le vice du consentement. Nous considérons que seule, une action en constat peut établir qu'il ne saurait découler du contrat une obligation pour le lésé [3].

3. La personne lésée peut répéter dans l'année ce qu'elle a payé à l'aide de l'action civile, car il n'y a pas encore ratification du contrat au sens de l'article 31, 3e alinéa CO, soit donc consentement du lésé à se reconnaître obligé par un contrat entaché de dol ou conclu sous l'empire d'une crainte fondée.

4. Le lésé peut actionner civilement l'autre partie et exiger d'elle des dommages-intérêts, même s'il y a eu ratification, dans

---

[1] P. 12; voir aussi Huber: RJB 72/697 (700).

[2] RJB 38/186.

[3] L'opposition entre les points de vue soulevés par Matti et Waiblinger est plus apparente que réelle. Par « Anspruch auf Erklärung (Erklärungsklage) der Unverbindlichkeit des Vertrages », le premier entend certainement faire constater la nullité de l'engagement contracté. Même s'il n'emploie pas l'expression consacrée (Feststellungsklage), il n'en est pas moins vrai que son idée est la même que celle de Waiblinger (Feststellungsklage der Unverbindlichkeit).

le cas où le contrat était entaché de dol ou conclu sous l'empire de la crainte fondée (art. 31, 3e al. *in fine* CO).

B. *Obligations résultant d'actes illicites*

C'est parmi ces dispositions que nous trouvons les cas d'application les plus fréquents de l'action civile. Les prétentions fondées sur l'article 41 CO ont toujours été admises par la jurisprudence comme pouvant faire l'objet d'une action civile. La pratique des tribunaux exigeait même que cette action se fonde uniquement sur des obligations résultant d'actes illicites [1]. La voie civile au procès pénal est ainsi ouverte pour les dommages-intérêts en cas de mort (art. 45), de lésions corporelles (art. 46) et, en outre, à titre de réparation morale (art. 47). Comme dans les cas des articles 28 et 928 CC, celui qui est l'objet d'une concurrence déloyale peut en demander, à l'aide de l'action civile, la cessation et, en cas de faute, la réparation du préjudice (art. 48). L'atteinte aux intérêts personnels (art. 49) peut donner droit à des dommages-intérêts et, de plus, à une somme d'argent à titre de réparation morale. L'ancien article 55 CO (actuellement l'article 49) ne prévoyait pas que le juge pouvait substituer ou ajouter à l'allocation de l'indemnité un autre mode de réparation. Aucune disposition de la procédure pénale ne s'oppose cependant à l'octroi d'un dédommagement autre qu'en espèces, de sorte que nous admettons aussi qu'un « autre mode de réparation » peut être réclamé au moyen de l'action civile [2].

Quant aux personnes causant un dommage en état de légitime défense ou en cas de nécessité (art. 52 CO), et aux personnes incapables de discernement (art. 54 CO), nous renvoyons aux pages 100 s., 93 s. et 110 s.

Les articles 55, 56 et 58 CO traitent de la responsabilité de l'employeur, du détenteur d'animaux et du propriétaire de bâtiments et autres ouvrages. Il s'agit d'une responsabilité indirecte, qui se fonde sur une faute. Pour des raisons d'ordre

---

[1] RJB 38/186; 49/162; 52/640; 65/524; 72/685.

[2] RJB 49/161; 55/279; Matti, p. 61, RJB 52/329 (336); sous l'empire de l'ancien CPPB, voir Vogel: RJB 50/303.

systématique, nous avons traité la question de la personne civilement responsable sous le chapitre 7, chiffre V, page 104 et suivantes. Comme nous admettons que l'action civile peut être dirigée contre les personnes civilement responsables, nous sommes évidemment d'avis que les prétentions fondées sur les articles 55, 56 et 58 peuvent être formulées devant le juge pénal au moyen de l'action civile.

3. *Faits tirés d'autres lois*

Loi fédérale du 15 mars 1932 sur la circulation des véhicules automobiles et des cycles (LA).

Cette loi contient des dispositions sur la responsabilité civile du détenteur du véhicule (art. 37 s.). D'autre part, le lésé peut actionner directement l'assureur (principe de l'assurance obligatoire — art. 48 s.). Pour les raisons développées aux pages 104 et suivantes, principalement 106 et suivantes, nous estimons qu'une action civile est non seulement possible contre le détenteur du véhicule, lorsqu'il est en même temps conducteur et qu'il a commis une faute, soit donc contre la personne pénalement et civilement responsable (identité de faits à la base des actions pénale et civile) [1], mais aussi lorsqu'elle l'est contre la société d'assurance couvrant les risques d'accidents. L'action peut tendre à des dommages-intérêts (art. 41, 1er al. LA), à une indemnité pour réparation morale (art. 42 LA) ou à la protection de la possession [2].

V. Faits qui ne peuvent être l'objet d'une action civile

Si, en principe, toutes les prétentions en réparation du dommage causé par un acte punissable peuvent, comme nous venons de le voir, faire l'objet d'une action civile, certaines dispositions restreignent cependant l'application de cette règle:

1. *Exceptions tirées du droit civil*

L'article 3, 1er alinéa CPPB prévoit, entre autres, que les actions civiles dont les parties n'ont pas la libre disposition ne

[1] Voir bibliographie citée aux pages 106, note 2 et 108, note 1.
[2] RJB 72/697 s.

peuvent être examinées au cours d'un procès pénal. Il s'agit, en général, d'actions se rapportant au mariage, telles que les actions en dommages-intérêts (art. 92 CC) et en réparation morale pour rupture des fiançailles (art. 93 CC) [1], l'action en divorce ou en séparation de corps (art. 143, 151 CC) [2]; d'actions en reconnaissance d'un fait, telles que les actions en nullité du mariage (nullité absolue et relative — art. 120, 123 s. CC), en reconnaissance d'un enfant illégitime (art. 317-319 CC), l'action en paternité (art. 307 CC), les actions en contestation de l'état civil d'une personne et toutes celles où l'intérêt public est en jeu [3].

2. *Exceptions tirées de la procédure civile*

Le législateur a exigé, dans certains cas, que des litiges de droit civil soient tranchés, non pas selon la procédure ordinaire, mais d'après des règles spéciales. Dans ces cas, il est évident que le juge pénal — qui statue conformément à la procédure pénale — n'est pas compétent pour connaître de telles prétentions. C'est le cas pour les actions en divorce (art. 299 CPCB), en paternité (art. 301) et pour celles qui résultent de la procédure sommaire (art. 305 s.) principalement lorsque le juge doit prendre des mesures provisoires (art. 326 s.) [4].

3. *Exceptions tirées de la procédure pénale.*

L'article 3, 1er alinéa CPPB prévoit que les actions civiles dont les parties n'ont pas la libre disposition ne peuvent faire l'objet d'une action adhésive. Il ne s'agit pas là d'une exception aux règles de la procédure pénale proprement dite, mais d'une dérogation au droit civil (voir chiffre 1 ci-dessus); nous avons cependant pensé devoir la relever sous cette rubrique, attendu qu'elle est citée dans le code.

---

[1] Opinion contraire: KRAUER, p. 71, note 5.

[2] Id.

[3] Cf. KRAUER, p. 72-73; WAIBLINGER, p. 18; LEUCH *ad* art. 380 CPCB, p. 267.

[4] Les actions en divorce et en paternité ne peuvent pas, de par leur nature, faire l'objet d'une action civile (cf. chiffre 1 ci-dessus); KRAUER, p. 73; LEUCH *ad* art. 192 CPCB, p. 154, nº 11 *a*.

Krauer soulève le cas de la personne civilement responsable [1]. Comme, à notre avis, celle-ci peut être poursuivie civilement au cours d'un procès pénal, nous ne partageons évidemment pas l'opinion de cet auteur.

Outre les exceptions précitées, il convient de relever d'autres cas:

1. Selon la doctrine française, les *frais* constituent la réparation, envers l'Etat ou la partie civile, d'un dommage causé par le délit [2]. Ils peuvent donc faire l'objet de l'action civile.

C'est à bon droit, nous semble-t-il, que cette conception n'est pas partagée par les commentateurs du CPPB [3]. Les frais sont provoqués par la procédure engagée et non pas par l'acte délictueux. Les conclusions du plaignant, fondées sur le dommage subi, pourront tendre à la restitution de l'objet soustrait, à des dommages-intérêts et à une indemnité, notions qui n'englobent pas celle des frais. Le lésé devra conclure spécialement à la condamnation du prévenu aux frais et aux dépens de la cause. Il s'agit donc bien d'une prétention accessoire due au procès en cours, et non pas d'une prétention directe et immédiate telle que la prétention civile.

2. Une action en réparation du dommage causé peut être provoquée par un acte illicite qui n'est toutefois pas punissable pénalement, par exemple dans le cas d'atteinte au crédit personnel. L'action civile ne peut alors être intentée [4].

3. Un dommage peut aussi avoir été causé par une infraction. Mais si l'auteur a commis d'autres délits qui sont seuls l'objet d'un jugement pénal, une action civile résultant de l'acte punissable non poursuivi ne pourra pas être intentée au cours des débats se rapportant aux autres délits.

4. Les actions dérivant d'un contrat [5] ne peuvent, elles non plus, être portées devant le juge pénal par voie adhésive, car

[1] P. 73.
[2] Garraud, p. 612 s.
[3] Krauer, p. 74; Waiblinger, p. 10; Matti, p. 50.
[4] Krauer, p. 74.
[5] Actions en dommages-intérêts à raison d'inexécution ou d'exécution imparfaite d'un contrat (art. 97 s. CO).

elles ne dérivent pas d'un « acte punissable », comme l'exige l'article 3, 1er alinéa CPPB [1].

§ 9. — OBJET DE L'ACTION CIVILE; FOR

I. Objet de l'action civile

L'article 3, 1er alinéa CPPB indique à quoi tend l'action civile: c'est une « action en réparation du *dommage* causé par un acte punissable ». Elle se distingue ainsi des autres actions privées dérivant d'un délit, lesquelles n'ont pas pour objet direct et immédiat la réparation du préjudice, telles que l'action en séparation de corps ou en divorce pour cause d'adultère (art. 143, 137 CC) et l'action tendant à faire déclarer indigne d'être héritier ou d'acquérir par disposition pour cause de mort celui qui a été condamné pour avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt (art. 540, 1er al., ch. 1 CC).

Nous avons déjà abordé, en parlant du dommage [2], la question que nous développons dans le présent chapitre, car il n'est pas possible de dissocier totalement l'étude des faits qui donnent naissance à l'action civile d'avec son objet. En effet, pour que l'action en réparation du dommage puisse être intentée, elle doit précisément viser des faits préjudiciables.

La réparation du dommage, matériel ou moral, causé par une infraction, peut consister dans le rétablissement de l'état de choses antérieur au délit, dans le versement de dommages-intérêts, d'une indemnité ou d'une compensation d'autre nature [3].

1. Le rétablissement de l'état de choses antérieur au délit constitue certainement le mode de réparation qui effacera le mieux les traces de l'acte punissable. Quand cela est possible, le juge *doit* recourir en premier lieu à ce moyen. Il peut consister en la restitution au propriétaire de l'objet volé ou détourné, en la destruction des constructions ou plantations faites sur le

[1] RJB 38/175, 186; 40/173; 52/639, 640; 65/524; 72/685; voir aussi RJB 46/210; 53/199; Waiblinger, p. 11; Krauer, p. 74; Matti dans RJB 52/329 (337).

[2] P. 115 s.

[3] P. 116.

terrain d'autrui, en l'annulation des actes conclus par dol, sous l'empire d'une crainte fondée ou extorqués, en la suppression ou la rectification d'actes déclarés faux (à moins que des dispositions de droit civil ne prévoient que le juge doive agir d'office) [1], en la fermeture d'établissements où s'exerce illégalement une profession (pharmacie, cabinet de médecin, etc.) [2]. En général, le rétablissement de l'état de choses antérieur à l'infraction n'intervient cependant que dans les cas où le lésé a un droit de propriété ou de possession sur des choses dérobées, retrouvées et mises à la disposition de l'autorité répressive.

2. Si le rétablissement de l'état de choses antérieur n'est plus possible [3], le juge peut accorder des dommages-intérêts à la personne qui subit un préjudice pour la perte qu'elle a éprouvée *(damnum emergens)* et le gain qu'elle n'a pu réaliser *(lucrum cessans)*. S'il y a eu restitution, mais que celle-ci ne compense pas totalement le dommage subi, rien ne s'oppose à ce que d'autres dommages-intérêts s'y ajoutent.

Les dommages-intérêts présentent un caractère identique avec les restitutions: tous deux tendent à la réparation du dommage causé par l'infraction. Ils diffèrent toutefois les uns des autres en ce sens que la restitution constitue un mode de réparation *direct* du délit et les dommages-intérêts, un moyen *indirect*. La conséquence de cette distinction devrait être la restitution prononcée *d'office*, tandis que les dommages-intérêts ne seraient accordés qu'à la *demande* du plaignant [4].

La question de la restitution d'office est controversée en doctrine. En outre, on peut se demander s'il est loisible au lésé de requérir la restitution d'un objet usurpé (art. 927 CC) ou qui est à la disposition des autorités judiciaires.

---

[1] Voir développement sous chiffre 2, qui suit.

[2] Garraud, p. 612.

[3] Ce sera le cas lorsque l'infraction a eu pour effet de détruire partiellement ou totalement l'objet du lésé.

[4] La doctrine a aussi établi que si la restitution intervient d'office, il doit en être de même pour les dommages-intérêts, car la condamnation à des dommages-intérêts est d'ordre public, au même titre que la restitution. La législation en vigueur au Mexique a admis ce point de vue (cf. p. 22, n° 3).

Matti [1] répond par l'affirmative à cette deuxième question, en disant qu'il importe peu que l'Etat ait à rétablir d'office l'état de choses antérieur à l'infraction, car le lésé, usant des prérogatives que lui confère la législation civile, a le droit de les exercer intégralement.

Waiblinger [2] est d'un avis opposé. Il n'admet cette possibilité que lorsqu'on fait valoir un droit préférable sur l'objet en question.

Krauer [3] opine pour une solution intermédiaire et déclare qu'une telle demande ne peut être l'objet d'une action civile, mais qu'elle peut être soulevée au cours de la procédure.

L'article 365 de l'ancien CPPB prévoyait, entre autres, que « le juge ou le tribunal ordonnera aussi que les effets volés ou séquestrés seront restitués au propriétaire ». Cette disposition était claire; une demande tendant à la restitution de la chose paraissait donc superflue, puisque le juge avait l'obligation *ex lege* de l'ordonner.

La situation se présente aujourd'hui sous un jour différent. Le CPPB actuel ne contient pas une disposition semblable. L'article 59, 2e alinéa CPS prescrit néanmoins: « sont également acquis à l'Etat les objets dont quelqu'un s'est emparé par une infraction, si le propriétaire ne peut pas en être découvert dans les cinq ans à partir de la publication officielle ». Il résulte donc du texte légal que si le propriétaire est connu dans les cinq ans à partir de la publication, les objets du lésé ne peuvent plus être dévolus à l'Etat et qu'ils doivent, par conséquent, être restitués à qui de droit. Ce raisonnement, logique en soi, n'est cependant corroboré par aucune disposition légale expresse. Le CPS ne précise pas non plus que les objets dont disposent les autorités répressives doivent être remis d'office à l'ayant droit. [4] Même avant l'entrée en vigueur du CPS, alors que l'article 365 de l'ancien CPPB n'était déjà plus applicable, par suite de l'abro-

---

[1] P. 66.

[2] P. 10,11.

[3] P. 73: ...« nicht Gegenstand der Adhäsionsklage, aber anbringbar im Str.-V. ».

[4] Les commentaires du CPS de Logoz et de Thormann-von Overbeck sont muets sur cette question.

gation de la loi, les tribunaux bernois ordonnaient *de facto* la restitution de l'objet [1].

Il faut bien admettre que cette situation, dont le législateur est seul coupable, manque de clarté. Aucune disposition (ni de droit pénal, ni de procédure pénale) n'oblige expressément le juge à ordonner d'office la restitution de l'objet dont le lésé est privé. S'il ne l'ordonnait pas, pourrait-on le prendre à partie ou disposer efficacement des voies de recours ? Nous en doutons. Si la restitution contribue certainement à effacer tout ou partie des traces de l'infraction et paraît s'imposer parce qu'équitable et logique, le juge ne dispose d'aucun texte formel pour ordonner d'office la restitution de la chose usurpée.

On objectera que l'autorité compétente peut actuellement se fonder sur l'article 59, 2e alinéa CPS. Mais cette disposition, nous le répétons, ne résout pas directement le problème et lui donne une solution négative en ce sens qu'elle s'occupe uniquement de la dévolution des objets à l'Etat. La restitution de la chose dont quelqu'un s'est emparé par infraction n'est prévue que subsidiairement, à la condition toutefois que le lésé se fasse connaître dans un délai déterminé. Et puis, ce n'est pas au droit pénal qu'il incombe de déterminer l'objet de l'action civile. Ce rôle ressortit au droit civil et seule, la procédure pénale peut imposer certaines restrictions d'application aux règles de droit civil. Mais puisque le CPPB est muet sur un point aussi important — qu'il s'agisse là d'une omission ou d'une intention du législateur [2] —, aucune disposition ne permet de dire, *de lege lata*, que la restitution d'objets en mains des autorités répressives doit être effectuée d'office. Nous reconnaissons volontiers que, *de lege ferenda*, il serait souhaitable que cette lacune fut comblée. En l'état actuel de la législation, rien ne s'oppose, selon nous, à ce que le plaignant réclame, au moyen de l'action civile, l'objet dont il n'a plus la possession. Pour le surplus, nous nous rangeons entièrement à l'avis de Matti, tel qu'il est exposé ci-dessus.

---

[1] Huber: RJB 72/697 (699, note 3); Waiblinger, p. 10.

[2] Nous ne comprenons pas pourquoi une disposition analogue à celle de l'article 365 CPPB de 1854 ne figure pas dans le code actuel.

L'action prévue à l'article 927 CC tendant, entre autres, à la restitution de la chose, et les dispositions de droit civil devant être appliquées par le juge pénal lorsqu'il est saisi d'une action adhésive, nous ne voyons pas pour quelle raison l'objet usurpé ne pourrait être réclamé. Bien que l'action civile tende au même but que celui qui est recherché et ordonné par le juge et qu'ainsi, l'effet étant le même, la restitution de la chose prévue par le CC est indépendante de celle que les autorités de l'Etat pourraient ordonner en vertu du droit pénal (art. 59, 2e al. CPS) ou des règles générales de la procédure pénale. Même si le CPPB prévoyait la restitution d'office, nous soutiendrions encore notre point de vue, à moins que la loi dise expressément que, dans les cas de restitution d'office, toute demande de restitution fondée sur le droit civil est impossible.

Si l'opinion de Waiblinger était admise, on devrait dire que la partie civile pourrait, le cas échéant, être condamnée à une partie des frais occasionnés par l'examen de la question civile, car le lésé serait débouté sur un point de ses conclusions.

La situation est différente si l'autorité répressive a demandé au lésé de pouvoir disposer de l'objet pour les besoins de la procédure. Dans ce cas, il est clair que cette autorité devra restituer l'objet à son propriétaire, mais la question telle qu'elle se présente ici n'a rien à voir avec l'objet même du litige.

Une question parallèle à celle que nous venons de traiter est celle de la suppression et de la falsification d'état civil (art. 216 CPS; 150 anc. CPB). Nous tiendrions le même raisonnement qu'auparavant si l'article 45 CC ne comblait les lacunes du CPPB ou du CPS. L'article précité prévoit, en effet, à son deuxième alinéa, que l'autorité de surveillance peut prescrire la rectification des inexactitudes résultant d'une inadvertance ou d'une erreur manifeste. Il suffira donc que le juge constate la suppression ou la falsification de l'état civil pour que l'autorité puisse procéder d'office aux rectifications nécessaires. L'action civile ne pourra être ouverte dans ce cas, car une disposition spéciale infirme une disposition générale (dispositions découlant toutes deux du droit civil).

En résumé, nous estimons que l'action civile est ouverte chaque fois qu'une disposition de procédure pénale ne prévoit pas que le juge doit procéder d'office à tel acte (restitution, rectification, etc.) et en outre que les dispositions prévues par le droit civil tendant à l'exécution de cet acte ne sont pas applicables.

3. Comme les dommages-intérêts, l'indemnité est une somme allouée au plaignant pour le préjudice qu'il éprouve [1]. La différence entre ces deux modes de réparation réside dans le fait que l'on accorde des *dommages-intérêts* lorsque la victime du délit subit un *dommage matériel*, qui peut s'apprécier en espèces [2], tandis qu'une *indemnité* est versée à celui qui éprouve un *dommage moral* [3]. Pour le surplus, les faits développés sous le chiffre 2 ci-dessus se rapportent aussi à l'indemnité.

4. Dès l'entrée en vigueur du CC, la 1re chambre pénale a reconnu qu'elle ne pouvait plus limiter aux intérêts civils seulement la possibilité d'intenter une action civile en procédure pénale. Dans son jugement du 8 juin 1912 en la cause Reusser [4], elle avait déjà reconnu que les prétentions résultant de la protection de la possession (art. 927 CC) pouvaient donner lieu à une action adhésive.

Lors de la revision du CO, il a été ajouté à l'article 55 — actuellement l'article 49 — un 2e alinéa, duquel il ressort que le juge peut substituer ou ajouter à l'allocation de l'indemnité un autre mode de réparation. La chambre pénale a décidé, en vertu de cette disposition, qu'un extrait du jugement libératoire, aux frais du condamné, devait être remis au lésé [5] et à la com-

---

[1] RJB 43/679: Si, dans ce jugement, une indemnité n'a pas été accordée, ce n'est pas à raison du fait que le principe de l'indemnité n'a pas été admis, mais parce que l'état de fait ne le permettait pas.

[2] Dommage pécuniaire (art. 43, 46 CO; 41 LA).

[3] Art. 28 CC; 47, 49 CO; 42 LA.

[4] RJB 49/161.

[5] C'était à cette seule fin que tendait la demande en réparation; cf. jugement du 25 mars 1916 en la cause Maurer dont il est question dans une « observation » à la suite du jugement en la cause Ruef, paru dans RJB 55/278 (282).

mission d'école dont dépend une institutrice qui avait intenté un procès pour atteinte à l'honneur dans l'exercice de sa profession [1]. Cette jurisprudence a été confirmée par un arrêt du 22 février 1919 en la cause Ruef [2], où il a été admis que la reconnaissance par jugement du fait que Blattner n'avait pas bénéficié d'avantages personnels lors d'une vente de bois constituait une réparation équitable.

Il faut reconnaître qu'à part la satisfaction que peut avoir le lésé par la condamnation pénale du prévenu, un dédommagement en espèces n'est pas toujours indiqué. La personne qui subit une atteinte dans ses intérêts personnels souffrira parfois de l'impression désagréable qu'auront provoquée sur le public les faits diffamatoires ou calomnieux. Une réparation en espèces ne saura effacer l'outrage. C'est pourquoi nous estimons qu'une publication du jugement ou d'un extrait de celui-ci, par la voie de la presse, par exemple, constitue une bien meilleure réparation du dommage que la remise d'une somme d'argent au plaignant.

Certains auteurs, en particulier Garraud [3], englobent les frais dans la notion de l'indemnité. Nous ne partageons pas cette opinion pour les raisons exposées à la page 127, nº 1.

II. For

L'article 3, 1er alinéa CPPB dispose que l'action en réparation du dommage causé par un acte punissable peut être portée « en même temps et devant *les mêmes juges* que l'action publique». La disposition fondamentale sur laquelle l'action civile repose traite donc du for. Il était nécessaire qu'il en soit ainsi — en tant que l'on veuille rendre possible l'exercice de l'action civile en procédure pénale — car un litige de droit civil n'étant ordinairement pas du ressort du juge pénal, il n'y aurait eu aucun intérêt (pratique ou juridique) d'étendre les prérogatives des autorités de répression au droit civil si le juge compétent pour

---

[1] Jugement du 29 mai 1915 en la cause Barth dont il est question dans une « observation » à la suite du jugement en la cause Ruef, parue dans RJB 55/278 (282).

[2] RJB 55/278, spécialement pages 281-282.

[3] P. 612, 614.

statuer sur l'action publique ne l'avait pas aussi été en ce qui concerne l'action civile.

La question du for démontre le caractère principal de l'action publique, en ce sens que l'action civile (adhésive) doit se conformer aux prescriptions se rapportant à la compétence à raison du lieu de l'infraction. En effet, il ne saurait être fait application des principes du CPCB relatifs au for, car si le tribunal compétent selon la procédure civile ne correspond pas *ratione loci* à celui prévu par le CPPB, l'action civile serait impossible. Aussi a-t-il fallu faire abstraction de la notion de la valeur litigieuse pour l'action civile [1]. Tandis qu'en procédure civile, c'est elle qui détermine l'autorité compétente, en procédure pénale, c'est la gravité de l'infraction.

Jusqu'à l'entrée en vigueur du CPS, le for était régi par les articles 15—23 CPPB. L'article 70 LiCPS a abrogé les articles 16—18 et 21 parce que le CPS lui-même règle les conditions du lieu de l'application de la loi pénale (art. 3) et la compétence locale (art. 346—351).

Si l'action civile est intentée pendant que le cas est encore entre les mains du juge d'instruction, il est clair que ce n'est pas ce dernier qui sera compétent — pas plus que pour l'action publique — pour rendre un jugement au fond. Dans les cas ne relevant pas de la cour d'assises, il faudra attendre les propositions du juge d'instruction (art. 184 CPPB), qui devront être approuvées par le procureur d'arrondissement (art. 185 CPPB) ou, si ces deux magistrats ne peuvent s'entendre, une décision de la chambre d'accusation (art. 21, 192 s. CPPB). Celle-ci précisera, dans l'acte de renvoi, la juridiction devant laquelle le prévenu sera traduit [2]. Dans tous les cas où la chambre d'accusation aura désigné le juge compétent — réserve faite de ceux qui sont prévus à l'article 208, 3e alinéa CPPB —, aucun déclinatoire n'est recevable à raison du lieu ou de la matière (art. 239 CPPB). Même dans les affaires où elle aura statué,

---

[1] La valeur litigieuse ne joue plus un rôle qu'en appel: cf. art. 306 CPPB.

[2] Art. 206, ch. 4; pour les autorités répressives, cf. art. 29-31, 198, 208, 295, 3e al., CPPB; 51 LiCPS.

les parties pourront se pourvoir en nullité [1], et si le pourvoi est pris en considération, le jugement sera annulé et la cause renvoyée pour nouveaux débats, soit au même juge de première instance, soit à la juridiction inférieure d'un district voisin [2].

Le plaignant civil [3] est-il admis à soulever comme cause d'irrecevabilité la question de la compétence à raison du lieu ou de la matière ? Cette question était contestée tant par la doctrine [4] que par la jurisprudence [5], qui se fondaient sur l'article 312 de l'ancien CPPB [6].

Tel n'est plus le cas actuellement. Comme nous l'avons vu, la partie civile est plaignante au procès et, de ce fait, partie [7]. En cette qualité, elle dispose de certains droits, en particulier de ceux qui sont mentionnés à l'article 238 CPPB. Si le juge ou le tribunal doit examiner d'office toutes les conditions de recevabilité de la cause [8], — la compétence *ratione loci et materiae* compte parmi celles-ci —, les parties peuvent aussi soulever ces questions.

Le problème est plus délicat à résoudre en ce qui concerne la partie civilement responsable. Doit-on lui conférer les mêmes droits qu'aux parties spécifiées à l'article 39 CPPB ? Cela paraîtrait quelque peu osé. Le rôle de la partie civilement responsable est limité, en procédure pénale, à la question civile. Elle ne court pas le risque d'être condamnée à une peine, puisqu'elle n'est pas pénalement responsable. N'étant nullement touchée par l'action publique, elle ne saurait avoir le droit de soulever l'exception du for, et ne pourra prendre part aux débats, dans le cadre restreint qui lui est dévolu, que lorsque la compétence du tribunal aura été déterminée.

---

[1] Art. 327, nº 2, 328, nº 2, CPPB.

[2] Art. 335, 1er et 4e al., CPPB.

[3] Il est inutile de parler du prévenu (pénalement responsable), qui est partie et peut soulever des questions préjudicielles.

[4] Matti, p. 82.

[5] RJB 39/89; 41/167; 43/156.

[6] ...« Aucun déclinatoire ne pourra être proposé par la partie civile ».

[7] Cf. note marginale *ad* art. 43 CPPB; art. 43, 1er al., ch. 2, 39 CPPB.

[8] Art. 238, 1er al.; en appel: art. 313; lors du pourvoi en nullité: art. 231 CPPB.

Tout jugement au fond doit prononcer l'acquittement ou la condamnation du prévenu (art. 256, 1er al. CPPB). Si les conditions de l'action publique font défaut lors du jugement, le dispositif énoncera qu'il n'est pas donné suite à l'affaire (art. 256, 2e al. CPPB). Dans ce dernier cas, le plaignant pourra porter sa réclamation civile devant la juridiction civile (art. 259, 2e al. CPPB). Si le juge condamne le prévenu, il pourra aussi statuer sur l'action civile, même si l'auteur du dommage n'est pas domicilié dans le canton de Berne. En effet, le Tribunal fédéral [1] a admis que si l'action tend à une peine ou à la réparation du dommage, il faut prendre tout d'abord en considération le caractère pénal de la cause, car il est le plus important. Toutefois, il doit y avoir identité de faits à la base de l'action pénale et de l'action civile [2].

Dans les deux cas que nous venons d'examiner, le for ne soulève aucune difficulté. Mais si le prévenu est acquitté, le juge pénal restera-t-il compétent pour régler la question civile lorsque le for du lieu de l'infraction (art. 15 CPPB) ne coïncide pas avec le domicile du défendeur (art. 23 CC; 20 s. CPCB) ? L'article 259 CPPB serait-il en contradiction, sur ce point, avec l'article 59 Cst., qui prescrit, entre autres, ce qui suit: « Pour réclamations personnelles, le débiteur solvable ayant domicile en Suisse doit être recherché devant le juge de son domicile... » ?

Il y a lieu, tout d'abord, d'examiner la portée de cet article. Avec Burckhardt [3], nous admettons que l'article 59 entend ne pas distraire le débiteur de son juge naturel « cantonal ». Cette disposition n'a qu'une valeur intercantonale et ne vise pas à régler la question du for dans les cantons. Aussi convient-il de faire une distinction entre le prévenu domicilié dans le canton compétent pour statuer sur l'action publique et celui qui habite un autre canton.

1. Si l'auteur du dommage est domicilié dans le canton de Berne, rien ne s'oppose à ce qu'il soit jugé, en ce qui concerne l'action civile, devant l'autorité répressive bernoise compé-

[1] ATF 14/28; 27/34; cf. Burckhardt, p. 549.
[2] ATF 1/179; 23/537; 24/241; 31/4.
[3] P. 541.

pétente à raison du for du lieu de l'infraction. L'article 59 Cst. n'entrant pas ici en ligne de compte, c'est le droit cantonal seul qui déterminera le tribunal qui doit être saisi de la cause civile. Comme l'article 259 CPPB prévoit expressément que même en cas d'acquittement, le juge statue sur l'action civile, le prévenu ne saurait demander à être jugé sur cette action par le juge civil de son district [1].

2. Si l'auteur du dommage, acquitté pénalement, n'habite pas le canton de Berne, l'article 59 Cst. est applicable. La raison (condamnation pénale) qui avait motivé une exception pour le prévenu reconnu coupable et qui avait permis, par là même, l'application de l'article 259 CPPB ne se pose plus. Le renvoi de la cause au juge civil du domicile de l'acquitté s'impose donc et doit être ordonné d'office par le juge pénal (art. 238, 1er al. CPPB). Les parties — principalement l'acquitté qui peut, le cas échéant, tirer un avantage de cette circonstance — ont aussi le droit de soulever cette condition d'irrecevabilité de la cause et, s'il est passé outre, d'en appeler ou de se pourvoir en nullité sur ce point [2].

Pour la personne civilement responsable, l'article 59 Cst. est applicable sans exception, car la question pénale ne la concerne en aucune façon, de sorte qu'elle ne peut être recherchée que devant son juge naturel [3].

Si le plaignant civil se constitue partie au cours des débats, il devra ouvrir son action devant le juge pénal saisi de l'action publique. S'il présente déjà sa demande lors de l'instruction, l'action civile reste liée à l'action pénale et sera soumise à l'autorité compétente désignée subséquemment [4].

§ 10. — CONSTITUTION DE LA PARTIE CIVILE

Normalement, un litige de droit privé doit être jugé par les tribunaux civils. L'article 3 CPPB donne cependant à celui qui

[1] Président du tribunal, tribunal de district ou, suivant la valeur litigieuse, la Cour d'appel.

[2] Art. 304 s.; 327, nº 2; 328, nº 2, CPPB.

[3] Burckhardt, p. 550; ATF 5/301; 7/230, 673; 13/386; 25/420.

[4] Cf. p. 161 au sujet du for dans les cas d'application de l'article 3, 3e alinéa, ch. 3, CPPB.

a l'intention d'ouvrir une action en réparation d'un dommage issu d'un acte punissable la possibilité de saisir la juridiction répressive. C'est surtout la cause identique — l'infraction — des actions publique et civile [1] qui a engagé le législateur à étendre la compétence des tribunaux pénaux aux conséquences civiles du délit. Mais cette attribution, exceptionnelle, ne fait pas disparaître l'attribution ordinaire des tribunaux civils. En effet, les articles 3, 1er alinéa et 43, 2e alinéa CPPB prescrivent, en substance, que l'action en réparation du dommage causé par une infraction peut être ouverte en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique. Le lésé n'est donc pas tenu de saisir le juge pénal; il dispose d'une entière liberté dans le choix de la juridiction. S'il désire obtenir la réparation du dommage, il devra en faire la demande expresse, car le juge pénal n'a pas l'obligation de lui accorder d'office une satisfaction compensatoire pour le dommage éprouvé [2]. En admettant donc que le lésé défère sa cause civile au juge pénal, il devra se constituer partie civile au procès pénal. Cette manifestation de volonté est le premier acte indispensable requis de celui qui veut intenter une action en réparation du dommage causé par une infraction pour qu'il puisse figurer au procès en qualité de plaignant civil (art. 43, 1er al., ch. 2 CPPB), c'est-à-dire comme partie (art. 39, 1er al. CPPB).

I. Comment doit-on se constituer partie civile ?

L'article 43, 2e alinéa CPPB répond comme il suit à cette question: « par écrit ou par déclaration consignée au procès-verbal ».

1. « Par écrit ».

Le CPPB n'exige pas un mémoire de demande, à l'inverse de ce qui est prescrit en procédure civile [3]. Rien ne s'oppose pourtant à ce que le lésé en rédige un en bonne et due forme ou se borne à préciser l'état de son dommage avec indication des moyens de preuve *(superflua non nocent)*. Il suffit toutefois que

[1] Il y a encore d'autres raisons, dont nous parlerons dans le dernier chapitre.

[2] Voir, au sujet de la restitution d'office, p. 129 s.

[3] Art. 156 s., spécialement 157 CPCB.

celui qui a souffert du dommage déclare, dans la plainte pénale, intervenir comme partie civile et formule des conclusions tendant à une indemnité satisfactoire [1]. L'envoi d'une lettre au juge suffit. Le lésé ne se heurtera ainsi à aucun formalisme outrancier.

2. « Par déclaration consignée au procès-verbal ».

Il en sera ainsi lorsque le lésé ne s'est pas constitué partie civile par écrit et qu'il le fait verbalement au cours des débats devant le juge compétent lorsque celui-ci interroge les parties [2] ou encore lors des plaidoiries [3]. Le code ne précise nulle part que le juge est tenu de rendre le lésé attentif au fait qu'il peut se constituer partie civile, ce qui nous paraît regrettable [4], mais il le fait ordinairement. La déclaration se fait alors verbalement — et non par écrit — et le greffier est chargé de la consigner au procès-verbal [5].

II. A QUEL MOMENT PEUT-ON SE CONSTITUER PARTIE CIVILE ?

Si le lésé se constitue partie civile par déclaration consignée au procès-verbal, il y aura déjà forcément un procès pénal en cours. Il peut toutefois arriver que les autorités répressives n'aient pas connaissance de l'infraction, que les recherches policières n'en soient qu'à leur début et qu'un rapport au juge d'instruction n'ait pas encore été rédigé. Si le délit n'est poursuivi que sur plainte de la partie lésée, le juge ne s'inquiétera pas du cas tant qu'une plainte n'aura pas été déposée. C'est seulement à ce moment que l'appareil judiciaire se mettra en mouvement. Il convient donc de rechercher à quel moment on doit ou on peut se constituer partie civile.

Nous distinguerons deux cas:

1. Si le juge n'est pas encore saisi de la cause conformément à l'article 80 CPPB, la victime du délit pourra, soit dénoncer l'infraction aux fonctionnaires et employés de la police judiciaire (art. 70 CPPB), soit se constituer plaignant au sens de

[1] MBR 10/417; 18/215.

[2] Par exemple le plaignant pénal qui ne s'est pas encore constitué partie civile (art. 242 CPPB).

[3] Art. 252 CPPB.

[4] *De lege ferenda*, il conviendrait de combler cette lacune.

[5] Art. 43, 2e al.; 215 CPPB.

l'article 43 CPPB. S'il ne précise pas en quelle qualité il agit, nous n'admettons pas que le lésé s'est valablement constitué partie civile. La distinction faite par le code sur les deux possibilités d'intervenir comme plaignant au procès doit être marquée par une manifestation de volonté expresse de celui qui se prévaut de la disposition précitée. Si le lésé se constitue seulement plaignant au pénal en requérant la condamnation du prévenu, il est clair qu'il ne pourra figurer au procès comme partie civile. S'il se constitue uniquement plaignant civil, le juge ne pourra retenir sa demande puisque l'autorité répressive n'est pas encore saisie de la cause (art. 80 CPPB). Celui qui subit l'atteinte dommageable doit par conséquent se constituer simultanément plaignant pénal et plaignant civil. Il a toutefois la faculté de ne demander que la condamnation de l'auteur de l'infraction à une peine (art. 43, 1er al., ch. 1 CPPB). Dans ce cas, le juge sera saisi de la cause et le lésé pourra, au cours de la procédure, se constituer encore plaignant civil (art. 43, 1er al., ch. 2 CPPB), soit donc partie civile proprement dite.

Nous ne pensons pas, contrairement à Garraud [1] que l'exercice de l'action civile devant la juridiction répressive mette nécessairement l'action publique en mouvement, de sorte que cette juridiction serait saisie à la fois de l'une et de l'autre action. Si ce raisonnement se soutient en droit français, nous doutons fort qu'il en soit de même en droit bernois. Si notre code ne donnait pas la possibilité au lésé de saisir directement les tribunaux pénaux de l'action publique (art. 43, 1er al., ch. 1 CPPB), nous accueillerions volontiers la théorie de l'auteur français. Celui qui éprouve un dommage pouvant se fonder sur des dispositions expresses qui lui permettent d'ouvrir une action publique, nous ne voyons pas pour quelles raisons on devrait admettre une voie détournée, qui n'est pas prévue par le CPPB.

Il nous paraît intéressant de relever ici l'arrêt rendu le 11 mai 1928 par le Tribunal fédéral en la cause de la masse en faillite Nachtigall contre le jugement de la cour d'assises de Soleure. [2] Après avoir précisé les conditions requises par l'article

[1] P. 663.
[2] ATF 54 I 254 s. (267-268).

207 LP pour que l'on puisse parler d'un procès civil en suspens, l'autorité judiciaire déclare que le droit du lésé à ce qu'un jugement sur l'action civile intervienne au cours d'un procès pénal n'entre seulement en considération qu'au moment où l'instruction permet de renvoyer le prévenu devant l'autorité répressive compétente, à moins que le droit cantonal ne prévoie une phase ultérieure du procès (les débats, par exemple) au cours de laquelle les prétentions civiles doivent être formulées. Ce n'est qu'à partir du moment où le renvoi de l'affaire pénale devant le tribunal compétent est décidé que la réparation du dommage peut être exigée. La constitution de la partie civile durant l'instruction ne représente qu'un acte préparatoire permettant de faire valoir ultérieurement des prétentions civiles.

A noter que l'article 43, 2e alinéa CPPB précise que l'action civile peut être ouverte en même temps que la plainte pénale. Les dispositions se rapportant au renvoi devant le tribunal compétent ou aux débats n'exigent nullement que le lésé renouvelle son intention d'exercer des prétentions civiles. Nous estimons donc qu'en procédure pénale bernoise, on ne saurait se référer à l'ATF précité.

Il importe peu que la poursuite ait lieu d'office ou sur plainte de la partie lésée [1]; le seul fait à considérer pour savoir à partir de quel moment cette dernière peut se constituer partie civile est celui où le juge est saisi de la cause, soit par dénonciation (art. 70 s. CPPB), soit en même temps ou après que l'intéressé s'est constitué plaignant pénal [2].

2. Si le juge est déjà saisi de la cause, le lésé ne doit plus provoquer l'action publique. Il lui suffira d'intervenir dans la poursuite commencée et de joindre son action à l'action publique. Il « adhère » au procès en cours [3].

Ce qui est dit sous chiffres 1 et 2 démontre à quel point l'action civile est dépendante de l'action publique et combien cette dernière est un élément indispensable pour l'exercice d'une action de droit privé en procédure pénale.

---

[1] MBR 13/215.
[2] Art. 43, 1er al., ch. 1; 39, 1er al.; 3, 1er al., CPPB.
[3] L'action civile est une action adhésive (Adhäsionsklage).

III. Jusqu'à quel moment peut-on se constituer partie civile ?

L'article 3, 2e alinéa CPPB répond à cette question: On peut se constituer partie civile « au cours de la procédure jusqu'à la clôture des débats en première instance ». La constitution de partie civile ne peut plus intervenir en utilisant les voies de recours, puisqu'à ce moment-là, l'autorité compétente ne peut se prononcer que sur les faits connus du juge de première instance.

La clôture des débats intervient après les plaidoiries (art. 253 CPPB). Comme le plaignant pénal a le droit de plaider, il peut donc se constituer à ce moment-là encore, partie civile dans le sens de l'article 43, 1er alinéa, chiffre 2 CPPB.

Il n'est certainement pas recommandable d'intervenir si tardivement au procès comme partie civile. A supposer que certaines preuves doivent encore être apportées, preuves que le développement du procès pénal n'a peut-être pas suffisamment éclaircies, parce qu'inutiles pour statuer sur l'infraction, le juge devra procéder à un complément d'instruction uniquement pour se prononcer sur l'action civile. Il en résultera tout d'abord un retard dans le prononcé du jugement et, en outre, de nouveaux frais qui auraient pu être évités et qui seront à la charge de la partie civile, si elle succombe. De plus, en intervenant dans la procédure de première instance au moment où elle touche à sa fin, le lésé se prive de la possibilité de seconder le juge ou le ministère public, ou tous les deux à la fois, dans la recherche des preuves tendant à établir l'infraction et la punissabilité du prévenu. Souvent, c'est lui seul — parce que directement atteint par le délit — qui est le mieux à même de mettre en lumière les faits qui sont l'objet du procès, et d'offrir une précieuse collaboration à l'accusation et au juge. Il diminue ses chances de succès par son absence volontaire aux débats. Avouons cependant que cette intervention à la dernière heure peut présenter un avantage en ce sens que, si la criminalité de l'acte ou la punissabilité du prévenu paraissent douteuses, le lésé aura tout intérêt à se rendre compte, au cours des débats, si l'action civile pourra aboutir et à ne pas s'exposer inutilement aux frais que susciterait

l'examen de l'action privée. Mais ce mode de procéder n'est pas sans danger.

Lors des débats devant la cour d'assises, on peut aussi se constituer partie civile après l'administration des preuves, c'est-à-dire lors des plaidoiries [1].

IV. Quel doit être le contenu de la requête à fin de constitution de partie civile ?

L'article 288 de l'ancien CPPB précisait au 2e alinéa que « le lésé ne sera considéré comme partie civile que dans le cas où il aurait pris dans la dénonciation ou prendrait lors des débats des conclusions relatives à ses intérêts civils (dommages-intérêts, réparation d'honneur, etc.) ».

Cette disposition était claire et il en ressortait que celui qui avait souffert d'un dommage ne pouvait pas uniquement se borner à manifester sa volonté d'intervenir au procès comme partie civile, mais qu'il devait encore étayer l'objet de son intervention. Se fondant sur cet article, la doctrine [2] aussi bien que la jurisprudence [3], avaient admis que la simple déclaration par laquelle le lésé se constituait partie civile n'était pas suffisante. Il fallait spécifier ce que l'on entendait obtenir [4]. Cette obligation n'allait pas jusqu'à imposer au lésé des précisions définitives sur l'objet de son action. A supposer que la constitution ait lieu lors du dépôt de la plainte pénale, on ne saurait exiger, à ce moment de la procédure, que le plaignant formulât intégralement ses revendications, car il ignorera peut-être encore le montant du dommage qu'il subit, ou bien il ne pourra en mesurer l'étendue. Il suffira, par exemple, qu'il demande des dommages-intérêts, une indemnité, une satisfaction, un dédommagement, la restitution d'un objet, etc. [5] Mais, par la suite, lorsque tous les éléments de la cause seront réunis et avant de clore les débats,

---

[1] RJB 51/43.
[2] Matti, p. 76 s.
[3] MBR 6/227; 10/58, 143, 415, 417; RJB 39/29; 45/455; 48/53; 49/427.
[4] MBR 8/134; RJB 27/135.
[5] MBR 13/215.

le juge doit demander des explications complémentaires au lésé, dans le cas où celui-ci n'aurait pas suffisamment précisé sa demande, principalement en cas d'atteinte à l'honneur, où les prétentions du plaignant ne tendront pas forcément à la remise d'une somme d'argent, mais à la publication du jugement, par exemple [1]. L'obligation du juge dont il est question ci-dessus ne résulte pas du code, mais il est évident que celui qui est appelé à statuer doit être en possession de tous les éléments de la cause et connaître, pour le moins, le désir de ceux qui recourent à lui pour trancher un point litigieux [2].

La réserve de se constituer partie civile au procès pénal n'est pas suffisante pour être reconnu valablement plaignant (au civil) [3].

L'article 288, 2e alinéa de l'ancien CPPB n'a plus son équivalent dans le code actuel, ce que l'on peut estimer regrettable. Waiblinger [4] s'appuie toutefois sur l'article 43, 1er alinéa, chiffre 2 CPPB pour prétendre que le fait de se constituer uniquement partie civile, sans préciser à quoi tend la demande, n'est pas suffisant. Nous ne pouvons le suivre sur ce point, car il nous paraît qu'une telle déduction ne ressort ni de la lettre, ni de l'esprit de l'article 43 CPPB. Nous serions même tenté d'admettre que cette précision, requise par l'article 288 de l'ancien CPPB et exigée par une jurisprudence constante de la chambre pénale, ne serait plus nécessaire sous l'empire du code actuel si celui-ci n'indiquait, à l'article 252, 4e alinéa, que « le plaignant est tenu de spécifier ses réclamations dans un état ou une déclaration au procès-verbal, avec preuves à l'appui ». Par « réclamations », il faut entendre en tous cas, celles que formule la partie civile. Le texte allemand rend mieux cette idée par l'expression de « Entschädigungsforderung ». Bien qu'il eût été préférable que l'article 43 CPPB précisât, sur le modèle de l'ancien article 288, de quelle façon il faut se constituer partie

[1] Dans le même sens: Waiblinger, p. 14.

[2] Voir la circulaire de la chambre pénale, du 1er novembre 1931, et de la cour suprême, du 21 mars 1935.

[3] MBR 13/134; RJB 64/528.

[4] P. 14: « Das Gesetz verlangt auch im Art. 43, Ziff. 2 ausdrücklich die Anhebung der Zivilklage. »

civile, on peut toutefois déduire de l'article 252, 4e alinéa — et non pas de l'article 43 — que le plaignant civil doit, pour se constituer valablement partie civile, renseigner le juge compétent sur la nature de ses prétentions [1].

En plus de ce qui a été dit du dommage [2] et de l'objet de l'action civile [3], il convient de préciser ici les conséquences qu'entraîne la lésion subie par la partie civile.

Selon qu'il s'agit d'un dommage matériel ou moral, la réparation peut être différente [4]. Si elle ne peut avoir lieu qu'en espèces [5], il faudra distinguer nettement entre celle qui est réclamée en vertu d'une lésion matérielle et celle qui résulte d'une lésion morale. Les expressions consacrées pour marquer cette distinction entre les deux prétentions ne sont pas les mêmes. Ainsi, on réclamera des dommages-intérêts pour la réparation d'un dommage matériel [6] et une indemnité pour la réparation d'un dommage moral [7].

Cette différenciation est non pas uniquement d'ordre juridique, mais aussi pratique. La partie civile ne peut donc pas se borner à réclamer une somme globale en argent. Elle doit séparer nettement les deux postes et retenir, par exemple, les conclusions suivantes:

1. Condamner le prévenu à verser à la partie civile la somme de 200 fr. à titre de dommages-intérêts pour les frais d'hospitalisation et de traitement.
2. Condamner le prévenu à verser à la partie civile la somme de 500 fr. comme indemnité pour tort moral.
3. Sous suite des frais et dépens.

Qu'adviendra-t-il si le lésé n'observe pas l'article 252 CPPB, si un état n'est pas remis à l'autorité judiciaire ou une déclaration consignée au procès-verbal ? Le juge devra-t-il admettre

---

[1] Voir p. 188 s. en ce qui concerne l'appel.
[2] P. 115 s.
[3] P. 128 s.
[4] P. 116, no 3.
[5] Ce sera presque toujours le cas lorsqu'il y a un dommage moral; cf. toutefois art. 49, 2e al., CO.
[6] Art. 31; 43-46 CO; 41 LA; 28, 927, 928 CC.
[7] Art. 28 CC, 42 LA; 47, 49 CO.

que le lésé ne s'est pas valablement constitué partie civile et qu'il ne peut participer au procès ? Tel n'est pas notre avis. Les exigences de l'article 252, 4e alinéa CPPB ne servent qu'à faciliter la tâche du juge qui doit statuer sur l'action de droit privé. Elles ne constituent pas une condition de recevabilité de la cause. Toutefois, comme l'a admis la première chambre pénale dans son jugement du 21 décembre 1912 en la cause Mosimann [1], l'inobservation des prescriptions précitées peut entraîner, suivant les cas, le rejet des prétentions civiles à raison de l'insuffisance de l'argumentation et des preuves. On pourra aussi appeler d'un jugement de première instance bien qu'un état des réclamations ne figure pas au dossier [2], mais le plaignant court les mêmes risques que dans le cas susvisé.

Si les prétentions du lésé tendent à des dommages-intérêts ou à une indemnité, et qu'il n'en précise pas le montant, le juge fixera lui-même la somme susceptible de réparer les conséquences de l'infraction. Dans ces conditions, le plaignant civil sera généralement mal venu de recourir contre le jugement lui octroyant une somme inférieure à celle qu'il escomptait. Son appel ou son pourvoi en nullité (ou celui du prévenu) pourra toutefois avoir des chances de succès lorsque le juge a accordé un dédommagement qui n'est manifestement pas en rapport avec le dommage subi.

Si un chiffre précis est articulé par le plaignant, le juge devra le prendre pour base de son jugement. Bien que la procédure pénale soit régie par la maxime officielle, celle des débats s'applique à l'examen de l'action civile [3] et le juge doit observer le principe « ne eat iudex ultra petita partium » [4].

Le lésé peut-il modifier le montant de la réclamation qu'il a formulée, soit dans le sens d'une augmentation ou d'une diminution ? Nous répondrons à cette question en examinant la procédure des débats [5].

---

[1] RJB 49/585.
[2] RJB 42/103.
[3] RJB 41/553.
[4] Voir, pour cette question, le pourvoi en nullité, p. 192 s.
[5] P. 183 s.

En ouvrant l'action civile, le plaignant doit indiquer contre qui elle est dirigée [1].

Celui qui subit une atteinte dommageable résultant d'une infraction doit savoir devant quel juge il intentera son action. Vu l'importance de la question du for, nous avons estimé devoir la développer de façon distincte dans le chapitre y relatif [2].

Il paraît presque superflu de rappeler que le juge doit examiner d'office si celui qui se constitue partie civile remplit toutes les conditions exigées par le code. Ce qui est exposé aux chapitres 5 et 6 nous dispense d'approfondir à nouveau ce point. L'inobservation de cette règle [3] permettra au prévenu ou au ministère public [4], soit de recourir en appel, soit de se pourvoir en nullité contre le jugement, qui pourra être annulé et renvoyé pour de nouveaux débats à la juridiction inférieure.

V. « Electa una via, non datur recursus ad alteram »

1. Cette règle de droit, issue de la législation française [5] a été reprise par le droit bernois. L'article 3, 3e alinéa du CPPB de 1854 disposait déjà que si l'action civile est ouverte « en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique, elle ne pourra plus être portée devant les tribunaux civils, à moins que l'action publique ne soit éteinte par la mort du prévenu ou ne puisse être poursuivie pour autres causes ». Notre code actuel s'exprime plus sobrement, mais plus nettement »: « l'action civile portée devant le juge pénal n'est plus recevable devant les tribunaux civils » (art. 3, 2e al. CPPB).

---

[1] P. 102 s.

[2] P. 134 s.

[3] Voir art. 240 CPPB.

[4] Le lésé a aussi, théoriquement, le droit de recourir, puisqu'il est partie au procès. Cependant, il est évident qu'il ne fera pas usage de son droit, étant donné que ses conclusions devraient tendre à son élimination de la procédure.

[5] Cette règle n'est implicitement consacrée dans la législation pénale française que dans une disposition particulière, soit l'article 5, paragraphe 5, de la loi du 25 mai 1838 sur les justices de paix. Elle est néanmoins considérée comme générale. Cf. à ce sujet, Garraud, p. 654-655.

Ainsi donc, le droit d'option du prévenu de porter son action en réparation devant la juridiction civile ou répressive est limité en ce sens qu'une fois la voie civile ou pénale choisie, il ne peut plus revenir sur sa décision. Dans un arrêt publié dans RJB 40/115, la cour d'appel a admis, à juste titre, nous semble-t-il, et contrairement à l'opinion de Blumenstein [1], que le juge civil ne peut statuer sur une action civile pendante devant l'autorité répressive lors même que le juge pénal n'a pas prononcé un jugement sur celle-ci. Dès que le juge pénal est saisi de l'action civile — et non pas seulement lorsqu'il a statué —, le juge civil n'est plus compétent pour connaître d'une telle action [2].

La règle « electa una via » est générale et s'applique aussi bien à l'action civile intentée contre les participants de l'infraction que contre la personne civilement responsable. Mais cette dernière ne peut être recherchée devant le juge pénal que si le prévenu — pénalement responsable — figure lui-même au procès, car la juridiction répressive n'est compétente pour statuer sur une action de droit privé que si elle est saisie en même temps de l'action publique [3]. Encore faut-il savoir ce que l'on entend par « action publique ».

Il ne peut s'agir que d'une action pénale portée devant la juridiction pénale bernoise, dont la répression est confiée aux autorités et fonctionnaires bernois qui en sont légalement saisis (art. 1; 65 s. CPPB) [4].

On ne pourrait admettre, sans enfreindre l'équité, que le plaignant renonce unilatéralement à la poursuite de l'action civile intentée devant le juge pénal, alors qu'il a librement choisi cette voie, pour la porter devant le juge civil. Ce serait, il est vrai, passer de la voie la plus rigoureuse à la plus favorable [5], mais si le lésé abandonne les tribunaux répressifs, c'est certainement à raison du fait que ses chances de succès paraissent compromises. Or, de tels procédés nuiraient aux intérêts du

---

[1] Die Einrede der beurteilten Sache nach bernischem Civilprozessrecht (RJB 38/448 s. (460)).

[2] Voir en outre RJB 21/349.

[3] P. 106 s.

[4] RJB 43/627.

[5] Garraud, p. 655.

prévenu, qui n'a aucun avantage à soutenir un nouveau procès et à encourir d'autres frais. De même, la demande tendant à la remise du litige à un tribunal arbitral doit être rejetée lorsque le juge pénal a été saisi d'une réclamation civile par voie adhésive et que cette réclamation ne peut plus, à teneur de l'article 3 CPPB, être portée devant les tribunaux civils [1, 2].

L'impossibilité d'abandonner l'instance engagée pour en former une nouvelle peut encore se soutenir en disant, d'une part, qu'il naît entre celui qui exerce l'action et celui contre lequel elle est dirigée un quasi-contrat que la volonté d'un seul ne peut détruire [3] et, d'autre part, qu'un contrat judiciaire est né avec l'instance liée, contrat qui ne peut être rompu unilatéralement par le demandeur [4].

Au vu des considérations qui précèdent, nous pouvons conclure qu'aussi longtemps que le juge pénal n'a pas rendu une décision d'exception au sens de l'article 3, 3e alinéa, chiffres 1, 2, 3 CPPB, l'action civile ne peut être portée devant la juridiction civile [5].

2. Le droit d'option du plaignant n'est toutefois épuisé que pour les faits contenus dans les conclusions de l'action civile.

a) Si le dommage a été causé par plusieurs personnes, le lésé a la faculté d'en demander la réparation à une seule par voie adhésive et d'actionner les autres en dommages-intérêts devant le juge civil.

b) Il peut aussi ne faire valoir qu'une partie de ses prétentions devant l'autorité répressive et saisir la justice civile de l'autre. On peut concevoir le cas où l'instruction a été étendue à de nouveaux faits ou à d'autres personnes

---

[1] RJB 41/667: « ...Et, par tribunaux civils, il faut entendre ici non seulement ceux institués par la loi sur l'organisation judiciaire, mais bien toutes les juridictions appelées à se prononcer sur des contestations civiles, comme p. ex. les tribunaux arbitraux, qui ne sont rien autre chose qu'une juridiction civile conventionnelle. »

[2] Opinion contraire: von Steiger: RJB 62/254.

[3] Paillot, p. 62.

[4] Garraud, p. 655.

[5] RJB 44/572.

que celles visées au début de l'enquête. Le lésé n'aura toutefois pas attendu cette phase de la procédure, de peur de laisser s'éteindre le délai de prescription, par exemple, et il aura déjà ouvert une action devant la juridiction civile avant l'extension des poursuites. Même s'il n'a pas encore agi de cette façon, il pourra demander au juge civil une partie de la réparation du dommage subi, car aucune disposition du CPPB ne l'oblige à actionner civilement le ou les prévenus pour toutes les infractions dont connaît le juge pénal.

c) La règle « electa una via » exige non seulement, pour son application, que les actions civile et pénale résultent du même fait; elles doivent porter toutes deux sur le même objet et être formulées entre les mêmes parties [1]. Supposons le cas où le mari porte plainte pour adultère. Il peut, d'une part, réclamer une indemnité devant le juge pénal et, d'autre part, le divorce ou la séparation de corps devant le juge civil (objet différent des actions). Le possesseur troublé dans sa possession (art. 928 CC) intentera une action en cessation du trouble et en réparation du dommage devant l'autorité répressive, une action tendant à la défense de causer des troubles futurs devant le juge civil (objet différent des actions).

3. Dans tous les cas visés sous chiffres 1 et 2 ci-dessus, la règle « electa una via » a été respectée. Elle souffre toutefois plusieurs exceptions qui sont, comme nous le verrons, plus ou moins contestables. Elles sont mentionnées à l'article 3, 3e alinéa CPPB et se fondent soit sur l'abandon de l'action publique (ch. 1), soit sur une convention judiciaire des parties (ch. 2), soit encore sur une décision judiciaire (ch. 3). Dans le premier cas, l'autorité répressive ne donnera pas suite à l'affaire (art. 256, 2e al. CPPB) et précisera, dans son « prononcé » — il n'y aura pas de jugement — que le plaignant conserve le droit de faire valoir sa réclamation devant le juge civil (art. 259, 2e al. CPPB). S'il s'agit de cas visés par les chiffres 2 et 3, une décision du juge

[1] RJB 22/457.

doit aussi intervenir puisque, lors du retrait de l'action civile de la procédure pénale (ch. 2), les frais causés par l'action civile doivent être évalués, et lors du renvoi des parties dans le cas du chiffre 3, le juge doit, en principe, statuer sur l'action civile.

Le CPPB connaît donc le principe du « renvoi *ad separatum* » qui tend à des fins contraires à la règle de droit « electa una via ». L'ancien CPPB l'avait déjà adopté, mais de façon plus restrictive. Il ne prévoyait, en effet, à l'article 3, 3e alinéa, que les cas où l'action publique serait éteinte « par la mort » du prévenu ou ne pourrait être poursuivie pour « autres causes » (alinéa correspondant au chiffre 1 CPPB actuel). L'article 365 fixait le montant du dédommagement requis par la partie civile (ce qui est analogue au chiffre 3). La volonté des parties était exclue dans la détermination du renvoi, alors que le plaignant et le prévenu peuvent maintenant, par une convention, déférer l'action civile au juge civil (ch. 2).

Le CICr, que le législateur bernois a pris comme modèle, ignore le renvoi *ad separatum*. Le juge pénal n'a pas la compétence de séparer l'action civile de l'action publique et de statuer uniquement sur cette dernière [1]. Le renvoi de l'action privée au juge civil est pourtant fréquent et admis en droit allemand, où l'action publique est *causa major* et l'action civile *causa minor*. Le jugement de la première ne peut être influencé par l'examen de la seconde [2].

Il nous a paru nécessaire de rappeler cette distinction dans la conception juridique de cette question pour établir combien le droit bernois a subi, sur ce point, l'influence de la législation de nos deux voisins. S'il accepte, en principe, la maxime « electa una via » du droit français, il apporte à celle-ci de tels tempéraments issus du renvoi *ad separatum*, propre au droit allemand, que l'on peut se demander si les exceptions soulevées à l'article 3, 3e alinéa CPPB n'annihilent pas, en quelque sorte, le principe établi au deuxième alinéa de l'article que nous étudions présentement. Certes, nous comprenons les mobiles — plus pratiques que juridiques — qui ont poussé le législateur bernois à faciliter la

[1] P. 44 s.
[2] P. 51; 54.

tâche du juge pénal (ch.3) et à être agréable aux parties (ch. 2), mais, ainsi que nous le démontrerons, le renvoi *ad separatum* soulève de nombreuses complications alors qu'il visait à simplifier. Ses effets n'apportent pratiquement pas de soulagement appréciable au juge statuant sur l'action publique.

Première exception :

Lorsque l'action publique s'éteint par la mort du prévenu ou en raison d'autres circonstances (art. 3, 3e al., ch. 1, CPPB).

Si le législateur ne voulait pas énumérer tous les cas où l'action publique s'éteint, afin de ne pas encourir le reproche d'en avoir omis l'un ou l'autre, il eût été préférable de parler uniquement de l'extinction ou de l'abandon de l'action publique. C'eût été la tâche de la doctrine et de la jurisprudence d'établir tous les cas qui peuvent faire l'objet de cette exception [1]. Le législateur aurait dû, à notre avis, les citer tous ou n'en mentionner aucun.

L'action publique peut s'éteindre pour des raisons d'absence de cause de recevabilité, telles que la prescription, le retrait de la plainte pénale, la chose jugée, l'abrogation de la loi, l'amnistie; en outre, par suite du décès du prévenu, de l'interruption ou de la suspension de la poursuite (art. 204 CPPB), lorsque la procédure ne peut aboutir à un jugement après les débats, quand le plaignant civil, bien que s'étant primitivement constitué valablement partie civile, se voit subséquemment écarté de la procédure, son incapacité civile étant intervenue entre temps (art. 240 CPPB); de plus, lorsqu'un mandat de répression a été décerné au prévenu ou lorsqu'un jugement immédiat a été prononcé malgré les dispositions des articles 219, 4e alinéa, et 227, 3e alinéa CPPB (art. 224, 2e al. CPPB). S'il n'est pas donné suite à l'affaire (art. 256, 2e al. CPPB), le plaignant conserve aussi le droit de faire valoir sa réclamation devant le juge civil (art. 259, 2e al. CPPB) [2], en conformité du CPCB (art. 3, 4e al. CPPB) [3, 4].

---

[1] Il en est déjà ainsi actuellement, sauf pour le cas du décès du prévenu, cité par la loi.

[2] MBR 12/156.

[3] RJB 35/157; 44/97; 51/313; 65/312; 72/593.

[4] Cf. pour tous ces cas, WAIBLINGER, p. 19-20.

A supposer qu'au cours du procès, une cause d'extinction de l'action publique intervienne avant qu'une décision irrévocable ait été prise, en matière pénale, la juridiction répressive restera-t-elle compétente pour statuer sur l'action civile ? On pourrait soutenir que, dans tous les cas, l'action civile doit être renvoyée devant la juridiction civile, puisque celle-ci ne peut être traitée en procédure pénale que si l'action publique en est l'objet principal. Il serait aussi loisible d'admettre que les autorités répressives, régulièrement saisies de l'action civile, restent dans tous les cas compétentes pour statuer sur celle-ci, malgré des événements postérieurs. Toutefois, ni l'une ni l'autre de ces théories ne nous donnent satisfaction. Nous nous appuyerons sur l'article 259, 1er alinéa CPPB, pour établir une solution intermédiaire. Cet article prévoit, entre autres, que même en cas d'acquittement du prévenu, le juge ou le tribunal doit statuer sur l'action civile intentée par le plaignant. Il résulte de cette disposition que lorsque l'infraction ou la punissabilité du prévenu n'est pas établie, l'action civile peut donner lieu à un jugement [1]. Mais l'article 306, 1er alinéa CPPB fait encore mieux ressortir l'idée que nous voulons exprimer. En effet, même en cas d'appel distinct au civil, les tribunaux répressifs restent saisis de la cause, bien qu'il n'ait pas été recouru sur l'action publique. On doit conclure de ces faits qu'une fois jugée, l'action civile susceptible d'appel distinct « vit sa propre vie, qu'elle se sépare complètement de l'action publique et peut être l'objet d'un débat principal devant les juridictions répressives » [2]. Cela nous amène à conclure que s'il n'y a pas eu de jugement définitif de première instance ayant autorité de la chose jugée (art. 297 CPPB) et que, par conséquent, les voies de recours sont encore à la disposition des parties, le juge pénal reste seul compétent pour statuer en instance supérieure sur l'action civile, malgré l'extinction de l'action publique. Si, en revanche, un jugement au fond n'est pas rendu au moment où une cause d'extinction de l'action pénale survient, le juge pénal devra être dessaisi en faveur du juge civil.

[1] P. 95.
[2] Garraud, p. 661.

Selon la récente jurisprudence de la chambre pénale, celle-ci doit entrer en matière sur l'action civile en cas d'extinction de l'action publique [1].

Comment justifier cette opinion au regard des articles 3, 3e alinéa, chiffre 1, et 259, 2e alinéa CPPB ?

Dans un jugement du 4 avril 1936 en la cause Jabas [2] la chambre pénale confirme sa jurisprudence antérieure et motive sa manière de voir comme il suit:

Il est possible de statuer sur l'action civile lorsque la procédure a été conduite jusqu'au moment où un jugement peut être rendu et qu'à cet instant, un jugement sur la question pénale ne peut intervenir à la suite du défaut d'une condition de recevabilité. Il s'agit alors d'un cas limite. La qualité de partie conférée au lésé par le nouveau CPPB et la nature du procès adhésif — ce dernier étant une partie de la procédure pénale — ne permettent pas d'exclure la poursuite de la question civile, c'est-à-dire un jugement sur l'action civile conformément à l'article 3, 3e alinéa, chiffre 1. Cette disposition ne peut s'appliquer à la lettre et, avant d'en faire usage, le juge doit se demander si, en l'état de la procédure, il importe de statuer sur l'affaire civile ou de la renvoyer au juge civil. Cette dernière alternative doit seulement être prise en considération lorsque l'affaire civile n'est pas en état d'être jugée.

Cette jurisprudence présente certainement le gros avantage de régler rapidement une action civile dont tous les éléments sont rassemblés pour qu'un jugement puisse être rendu. Toutefois, elle se heurte aux dispositions de l'article 259, 2e alinéa CPPB. Juridiquement, l'interprétation donnée à l'article 3, 3e alinéa, chiffre 1, au mépris de l'article 259, 2e alinéa, ne nous paraît pas soutenable [3]. Nous nous empressons cependant de

---

[1] RJB 65/312; 72/594; jugements non publiés du 7 février 1934 en la cause Albert Tritten et du 24 septembre 1934 en la cause Schori; voir Waiblinger, p. 14.

Dans un sens contraire: jugement non publié du 6 mai 1929 en la cause Löffel; voir Waiblinger, p. 19.

[2] Jugement non publié, cité par Waiblinger, p. 19.

[3] Même opinion: Waiblinger, p. 20; opinion contraire: Witz, p. 313.

relever que nous partageons les motifs invoqués par la chambre pénale, car ils permettent certainement un règlement plus rapide et moins onéreux du litige civil. Il conviendrait donc de modifier les articles précités afin que la voie tracée par la jurisprudence s'harmonise avec les dispositions légales.

Deuxième exception :

Lorsque le plaignant convient avec le prévenu de déférer au juge civil l'action civile qu'il avait portée devant le juge pénal... (art. 3, 3e al., ch. 2, CPPB).

Ce cas n'était pas prévu par le CPPB de 1854. Nous regrettons, quant à nous, cette extension du principe du renvoi *ad separatum*. Nous estimons qu'une fois l'autorité répressive saisie d'une action par le plaignant, on n'aurait pas dû donner à ce dernier la possibilité de revenir sur son choix, même de concert avec le prévenu. On en arrive ainsi à forcer la main au juge pénal, lequel, compétent en vertu d'une manifestation expresse du lésé, se voit tout à coup dessaisi de la cause par les parties. Si dans les cas cités sous chiffre 1, le renvoi au juge civil est compréhensible et nécessaire, admissible qu'il est pour des raisons de procédure qui doivent être observées ou parce que la poursuite simultanée des actions civile et pénale n'est plus possible ensuite d'extinction de cette dernière, rien de semblable ne se présente dans le cas du chiffre 2. Krauer [1] a justifié cette innovation en citant l'exemple d'une contravention ayant causé un gros dommage dont le calcul du montant prendra un certain temps. Nous pensons toutefois que les parties ne retireront aucun avantage en remettant leur cause au juge civil, car celui-ci emploiera autant de temps que le juge pénal pour se prononcer. Il importe peu, selon nous, que le jugement pénal soit rendu plus rapidement par le juge pénal que si ce dernier devait statuer en même temps sur les deux actions et qu'un certain retard s'ensuive. Si une infraction contre l'intégrité corporelle a été commise et que l'expertise médicale ordonnée par le juge démontre que le taux définitif de l'invalidité du lésé ne pourra être fixé que dans deux ans, par exemple, on sera tenté de dire

[1] P. 82.

qu'il n'est pas indiqué d'attendre que l'affaire civile soit en état pour statuer sur le délit. Nous reconnaissons volontiers que, pratiquement, un règlement postérieur de l'action civile serait souhaitable dans ce cas exceptionnel. Mais c'est volontairement que le lésé a actionné civilement en procédure pénale, laquelle consacre le principe « electa una via ». Si des circonstances imprévisibles surviennent, le juge a toujours la faculté de renvoyer les parties devant le juge civil, conformément à l'article 3, 3e alinéa, chiffre 3, CPPB. Nous sommes donc opposé, en principe, à ce que les intéressés puissent, de leur propre volonté, recourir à une autre juridiction que celle qui a été choisie préalablement.

On objectera encore qu'il s'agit, malgré tout, d'un procès civil et que les parties devraient avoir les mêmes droits qu'en procédure civile. N'oublions pas que c'est plus précisément un procès « adhésif », soumis aux règles de la procédure pénale, sauf en ce qui concerne les faits inconciliables avec la nature de l'action civile. Rien n'obligeait le lésé à saisir le juge pénal de son action.

Il faut reconnaître que les chiffres 2 et 3 de l'article 3, 3e alinéa ont été élaborés pour des raisons pratiques qui se concilient mal avec le principe exprimé au deuxième alinéa de la même dispositon. Suivant que l'on est enclin à donner à l'action civile un caractère indépendant au cours de la procédure pénale ou à faire d'elle une partie intégrante du procès pénal, on envisagera avec satisfaction le renvoi *ad separatum* ou la règle *electa una via*. Pour notre part, nous sommes franchement partisan de cette dernière.

Krauer [1] prétend que le juge pénal ne peut se dessaisir du cas qu'après avoir procédé à l'apport des preuves. Waiblinger [2] est du même avis et va encore plus loin en disant que le juge civil ne devra se déterminer que sur le montant du dommage. Si l'on voulait partager cette dernière opinion, on devrait admettre qu'il s'agit d'un cas semblable à celui cité sous chiffre 3. Mais, à notre avis, rien ne permet d'apporter une telle restriction à l'interprétation du chiffre 2. Le renvoi *ad separatum*

[1] P. 82.
[2] P. 20, nº 7.

peut intervenir à n'importe quel moment de la procédure antérieure au jugement et dans l'état où elle est, même si les preuves n'ont pas été apportées ou si un jugement de principe n'a pas été rendu. Si les parties en font la demande en procédure préliminaire déjà, nous ne voyons pas les raisons qui autoriseraient le juge à le leur refuser à cette phase du procès, bien que la question civile ne soit pas encore en état. L'acceptation du point de vue exprimé par Krauer et Waiblinger serait, selon nous, la démonstration éclatante de l'inutilité du chiffre 2, car on rechercherait alors vainement où résiderait encore l'intérêt des parties de soumettre leur litige au juge civil si le juge pénal est en mesure de prononcer sous peu un jugement sur toute la question qui lui a été soumise.

Lorsque les parties décident de ne pas déférer l'action civile à la juridiction pénale, elles peuvent convenir de la soumettre à un tribunal arbitral [1].

La convention de déférer l'action civile au juge civil n'est valable que si elle revêt la forme écrite ou si les intéressés en donnent connaissance au juge lors d'une audience, qu'il en ait pris acte au procès-verbal, signé par les parties. Ce n'est qu'une fois ces formalités réglées et le paiement des frais causés par l'examen de l'action civile en procédure pénale liquidé que le juge peut ordonner le renvoi de l'affaire à la juridiction civile. La convention peut être passée à n'importe quel moment de la procédure précédant le jugement. Outre l'accord de principe de soumettre le litige au juge civil, elle prévoira, en général, le mode de règlement des frais occasionnés par l'action civile. Ce dernier point ne nous paraît toutefois pas nécessaire, car le juge y suppléera d'office [2].

Le retrait de l'action civile n'est opérant toutefois que si l'une des parties a payé, après taxation par le juge, les frais de procédure causés par cette action.

---

[1] Voir jugement contraire dans RJB 41/667. Il était compréhensible, puisqu'il a été rendu sous l'empire de l'ancien CPPB, qui ne contenait pas de disposition semblable à l'article 3, 3e alinéa, chiffre 2, CPPB.

[2] Cf. la deuxième phrase de l'article 3, 3e alinéa, ch. 2, CPPB.

Nous renvoyons aux pages 167 et 211-212 en ce qui concerne la façon dont les frais de procédure causés par l'examen de l'action civile sont fixés par le juge.

Les parties pourront-elles recourir contre la décision du juge ? L'article 3, 3e alinéa, chiffre 2 est muet sur ce point. Les frais sont, en général, réglés dans le jugement au fond (art. 266, 2e al. CPPB), mais en l'occurrence, un tel jugement ne peut être rendu pour l'action civile, puisqu'elle est déférée au juge civil. L'appel est donc exclu et un pourvoi en nullité conformément à l'article 327, chiffres 5 ou 6 CPPB paraît voué à l'échec [1].

On comprend le souci du législateur de ne pas accorder aux parties une nouvelle voie de procédure dans le cas où celles-ci ne se seraient pas acquittées des frais de l'ancienne. Cependant, était-ce une raison suffisante pour subordonner ce paiement à la possibilité de saisir la juridiction civile de l'action civile ? A supposer que les parties — principalement le plaignant — ne remplissent pas les conditions prescrites pour l'obtention de l'assistance judiciaire, conformément aux articles 42 et 44 CPPB, le juge pénal a le droit, selon nous, d'exiger du lésé qui se constitue partie civile l'avance des frais qu'il doit supporter, bien qu'à ce sujet, le CPPB ne contienne pas une disposition semblable à l'article 57, 2e alinéa CPCB. De toute façon, et même si l'on ne partageait pas cette opinion, il y a ici un exemple frappant des inconvénients apportés par l'article 3, 3e alinéa, chiffre 2 CPPB. Après avoir proclamé la maxime « electa una via », le législateur en admet une autre, qui tend à des fins contraires (renvoi *ad separatum*), puis soumet celle-ci à de nouvelles restrictions, dans le sens de la première, motivées non plus par des raisons d'ordre juridique, mais pratique. La meilleure preuve que l'article 3, 3e alinéa, ch. 2 CPPB est des plus discutables, c'est que Thormann, le père spirituel de notre code, a lui-même envisagé, lors de la discussion des travaux préparatoires, comme dernière solution, la suppression pure et simple du renvoi *ad separatum* [2].

---

[1] RJB 68/440.
[2] RJB 62/241 s. (245).

Troisième exception :

Lorsque le jugement complet de l'action civile exige une administration des preuves qui allongerait démesurément la procédure. Dans ce cas le juge pénal a, par exception, le droit d'adjuger l'action civile en principe et de renvoyer les parties devant le juge civil pour liquider le montant de la réparation due (art. 3, 3e al. ch. 3, CPPB).

Avec Waiblinger [1], nous admettons qu'il ne s'agit pas d'un renvoi *ad separatum* dans le sens classique du terme et tel qu'il est conçu au chiffre 2 du 3e alinéa de l'article 3 CPPB, car le juge pénal doit statuer sur l'action civile avant de renvoyer les parties devant le juge civil pour régler le montant de la réparation.

Les raisons qui peuvent autoriser le juge pénal à renvoyer l'affaire au juge civil sont donc « une administration des preuves (de l'action civile) qui allongerait démesurément la procédure (pénale) ». Witz [2] cite comme exemples les cas où, à la suite d'un accident, il subsisterait chez le lésé une invalidité qui ne pourrait être établie que dans plusieurs mois, en outre, l'apport de preuves qui devraient être réclamées à l'étranger, par voie diplomatique, ou encore une expertise qui exigerait des mois. Il ne suffit pas que l'examen de la question civile se heurte à certaines difficultés pour que le juge pénal puisse renvoyer les parties à mieux agir, alors qu'un jugement au fond pourrait être rendu, toutes les preuves ayant été réunies [3]. De même, le juge pénal ne peut se dessaisir de l'affaire civile si tous les moyens de preuve pour statuer sur celle-ci ne figurent pas au dossier, mais qu'il peut les obtenir [4]. Dans son jugement du 9 mai 1930 en la cause Matter [5], la chambre pénale s'est demandé si le renvoi se justifiait dans un cas où le prévenu ferait valoir la compensation de la créance issue de l'acte dommageable, à supposer que l'examen des prétentions découlant de la compensation allongerait démesurément la procédure. Elle ne l'a pas tranchée, — cela

---

[1] P. 20.

[2] RJB 72/305 s. (308).

[3] Arrêt non publié de la chambre pénale, du 2 septembre 1932, en la cause Wiger, cité par Waiblinger, p. 20.

[4] Witz: RJB 72/307.

[5] RJB 67/286.

n'étant pas nécessaire pour la solution du cas —, mais nous admettons que l'esprit de la loi autoriserait un tel renvoi [1]. Il en serait donc de même en cas de novation, soit en général, dans ceux d'extinction des obligations (art. 114 s. CO) [2].

Si le lésé intente l'action civile devant le juge pénal pour obtenir uniquement la condamnation de principe du prévenu et soumet ensuite le cas au juge civil pour la fixation du montant du dommage [3], il ne sera pas entré en matière, car une telle action, qui tendrait à un jugement partiel de l'autorité répressive, n'est pas prévue par la loi et est contraire à son esprit [4].

Si les conditions du renvoi *ad separatum* sont remplies, le juge civil est-il lié au jugement pénal en ce qui concerne l'appréciation de la faute et la fixation du dommage ? En d'autres termes, l'article 3, 3e alinéa, chiffre 3 CPPB n'est-il pas en contradiction avec l'article 53, 2e alinéa CO ? Il convient de remarquer, à ce sujet, qu'une fois saisi des actions pénale et civile, le juge compétent selon la procédure pénale n'est pas seulement juge pénal, mais aussi juge civil. On peut en conclure que la juridiction civile est liée par les principes déjà établis par le juge pénal [5].

Mais le renvoi se heurte, à ce moment-là, à une difficulté; celle du for [6]. La question civile n'étant pas tranchée par le juge pénal, le défendeur devra-t-il être poursuivi devant le juge civil de son domicile (art. 20 s. CPCB) ? Si le prévenu est domicilié dans un autre canton que celui où il est poursuivi pénalement, pourra-t-il invoquer avec succès l'article 59 Cst. ?

Lorsque le juge pénal est dessaisi de l'action civile, celle-ci est à nouveau soumise aux règles ordinaires qui la régissent. Dès lors, ce sont les articles 20 et suivants CPCB et 59 Cst. qui doivent être pris en considération. Le renvoi au juge civil n'exige donc pas nécessairement qu'il soit fait au juge bernois.

---

[1] Même opinion: Waiblinger, p. 20-21.
[2] Au sujet de la prescription, cf. p. 205 s.
[3] Bien que les moyens de preuve permettent un jugement immédiat.
[4] RJB 74/601; Witz: RJB 72/309.
[5] Dans le même sens: Witz: RJB 72/310.
[6] Voir chapitre y relatif, p. 134.

Si les conditions du renvoi *ad separatum* sont remplies, le juge pénal ne peut se borner à renvoyer toute l'affaire civile au juge civil sans l'avoir examinée [1]. Il doit au contraire, rendre un jugement de principe, ainsi que cela ressort de l'article 3, 3e alinéa, chiffre 3 CPPB. Que faut-il entendre par là ?

Répondre à cette question équivaut à délimiter la tâche qui incombe au juge pénal d'une part et au juge civil d'autre part. Il convient tout d'abord de relever que le chiffre 3 constitue, d'une manière générale, une véritable exception. Le juge pénal doit l'appliquer le moins possible et uniquement lorsque le jugement de l'action civile risque d'allonger démesurément la procédure. De simples complications ne justifient nullement un renvoi.

Pour « adjuger » l'action civile en principe, le juge pénal aura nécessairement établi préalablement l'existence d'une infraction. Il aura aussi désigné le ou les auteurs du délit et condamné ceux-ci à des peines. En ce qui concerne plus spécialement l'action civile, il établira la corrélation entre le dommage dont la réparation est demandée et l'acte punissable, faute de quoi, il ne pourra adjuger l'action civile si celle-ci ne présente pas un lien de causalité avec l'infraction. Il veillera en outre à ce que toutes les conditions de recevabilité de la cause soient remplies et que les questions préjudicielles soient réglées. Si le lésé ne lui fournit pas tous les éléments qui lui paraissent nécessaires pour statuer, il peut d'office entendre les parties et administrer les preuves dont il a besoin [2]. Ce n'est qu'à cette phase de la procédure, lorsqu'il constate que l'établissement de certaines de ces preuves allongerait le procès de façon démesurée, qu'il peut avoir recours à l'article 3, 3e alinéa, chiffre 3.

Dans un jugement de principe du 9 mai 1930 en la cause Gottfried Matter [3], la chambre pénale a précisé que le juge pénal doit examiner le degré de culpabilité des parties [4] et condamner

---

[1] RJB 41/103; 67/286; voir en outre RJB 56/35 et 58/190 au sujet de l'article 365 de l'ancien CPPB.

[2] Comme le juge civil (art. 89 CPCB).

[3] RJB 67/286.

[4] Il s'agissait d'un accident de circulation.

le défendeur — dans une mesure appréciable en chiffres — à la réparation du dommage, bien que celui-ci ne puisse encore être déterminé. Le juge civil n'aura plus qu'à apprécier la valeur de la lésion et s'en tiendra, pour le surplus, au degré de culpabilité fixé par le juge pénal.

Cette manière d'interpréter l'article 3, 3e alinéa, chiffre 3 CPPB paraît répondre tant à sa lettre qu'à son esprit. Witz [1] se rallie à cette jurisprudence en relevant qu'elle empêche les parties de mener un plus long et plus coûteux procès devant le juge civil qui devrait, sans cela, procéder à l'administration des preuves concernant la culpabilité réciproque des parties. Il relève de plus que, sous réserve de l'évaluation du montant de la réparation et d'un recours au Tribunal fédéral, l'affaire civile est réglée.

Le bien-fondé du principe établi par la chambre pénale nous paraît discutable, et d'aucuns peuvent le considérer comme regrettable, car il est souvent difficile de déterminer le degré de culpabilité des parties quand le montant du dommage n'est pas connu. Théoriquement, cela est possible; pratiquement, le juge désire néanmoins connaître le résultat financier de son calcul.

Selon l'article 3, 3e alinéa, ch. 3 *in fine*, le juge civil devra simplement liquider le montant de la réparation due. De prime abord, on pourrait imaginer qu'il n'aura à résoudre qu'une question technique, et non pas juridique. Mais tel n'est pas le cas, car le rôle incombant à la juridiction civile n'est pas aussi limité que ne le laisse supposer la disposition précitée. Celle-ci ne tient pas compte, *a priori*, des cas où le renvoi survient pour statuer sur une réclamation formulée par le prévenu. En pareil cas, le juge ne peut évidemment pas limiter son activité à la détermination du montant réclamé. S'il y a novation ou compensation avec les prétentions exagérées formulées par voie adhésive, par exemple, l'acceptation de la réclamation du prévenu peut entraîner le rejet total de l'action civile par le juge civil [2].

---

[1] P. 309-310.

[2] Waiblinger, p. 21. Les questions que devront trancher le juge civil et le juge pénal en cas de renvoi sont les mêmes pour le prévenu que pour la partie civile.

Même sans immixtion du prévenu en ce qui concerne la réparation du dommage, le juge civil a encore des questions juridiques à trancher pour régler le montant des prétentions du lésé. Ainsi, l'article 42, 2e alinéa CO devra certainement être appliqué si le montant exact du dommage ne peut être établi. On peut se demander s'il en est de même de l'article 43 CO, qui est le régulateur de la faute et du dommage. Dans son arrêt du 26 septembre 1933 en la cause « Héritiers Hess contre Descœudres » [1], le Tribunal fédéral a admis que la règle suivant laquelle le lésé peut réclamer la réparation de tout le dommage à l'une ou à l'autre des personnes qui sont responsables sans avoir commis une faute commune [2] souffre notamment une exception lorsque la responsabilité du défendeur repose sur une faute et que celle-ci est atténuée à raison de la faute concommitante d'un tiers. Il en sera ainsi lorsque cette dernière faute aura influé sur la conduite dommageable du défendeur recherché.

Il paraîtrait équitable, à première vue, que le juge civil puisse examiner, dans ces cas, la question de la faute. Si l'on s'en tient cependant au principe établi par la chambre pénale dans son jugement du 9 mai 1930, on doit admettre qu'il incombe au juge pénal d'apprécier le degré de la faute et le facteur de responsabilité imputable à chaque participant de l'infraction. Même si ce mode de faire présente des inconvénients — ils sont inévitables dans les compromis —, c'est cependant celui qui répond le mieux à l'esprit de la loi, sans quoi, le juge pénal ne pourrait pas adjuger l'action civile en principe. En outre, c'est lui qui réglera la plus grande partie du litige civil. Nous estimons donc que le juge civil saisi d'une action civile conformément à l'article 3, 3e alinéa, chiffre 3 CPPB ne peut appliquer les articles 43 et 44 CO. En revanche, il aura toute latitude de fixer le montant des dommages-intérêts ou de l'indemnité en cas de mort d'homme et de lésions corporelles, conformément aux articles 45 à 47 CO.

Le dispositif du jugement doit clairement indiquer les points qui ont été tranchés par le juge pénal et ceux qui devront l'être

[1] ATF 59 II 364.
[2] Solidarité imparfaite (art. 50, 143 s. CO).

par le juge civil. L'adjudication en principe de l'action civile « dans le sens des considérants » n'est pas permise [1]. Nous estimons cependant qu'il est loisible au juge pénal de condamner le prévenu à payer en principe la totalité du dommage.

A quel moment le recours au Tribunal fédéral est-il possible ? Peut-on déjà saisir la cour supérieure dès que l'action civile a été adjugée en principe par le juge pénal, ou convient-il d'attendre le jugement du juge civil ?

Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral jusqu'en 1942, on ne pouvait recourir à cette autorité que si un jugement principal avait été rendu. Peuvent être considérées comme telles les décisions ne se prononçant que sur une partie des conclusions du demandeur, en tant que les questions pendantes puissent être l'objet d'une nouvelle procédure, indépendante de la première, ne constituant pas seulement son complément [2]. Dans ses jugements des 7 février 1928 en la cause Erni et Zeerlerder contre Bär et consorts et 22 décembre 1934 en la cause Widmer contre le ministère public du canton de Berne et Steiner [3], le Tribunal fédéral a reconnu que l'on n'est pas en présence d'un jugement principal ou final quand le principe de la réparation est admis, mais que le montant de celui-ci est fixé *ad separatum*. Le recours à l'autorité judiciaire fédérale n'était donc ouvert que si le juge civil avait statué sur le montant de la réparation due conformément à l'article 3, 3e alinéa, chiffre 3 CPPB.

Dans un récent arrêt [4], le Tribunal fédéral déclare que le pourvoi en nullité est recevable contre tout jugement de dernière instance cantonale tranchant une question de droit fédéral, même si le jugement ne met pas fin à l'action pénale dans le canton (renvoi par la cour de cassation cantonale au juge de répression, décision d'un point préjudiciel) — art. 268, 2e al. LPPF —. Il en est de même quant au prononcé du juge pénal sur l'action civile.

---

[1] Waiblinger, p. 21.
[2] ATF 43 II 550; 46 II 213; 50 II 209.
[3] ATF 54 II 48; 60 I 406.
[4] ATF 68 IV 113.

La nouvelle voie dans laquelle le Tribunal fédéral paraît s'engager est trop récente pour que l'on puisse tirer de l'arrêt précité des conclusions définitives. Nous nous bornons donc à citer en note les considérations qui l'ont poussé à admettre ce point de vue [1].

Avec Waiblinger [2], nous sommes d'avis que le juge pénal ne peut pas prononcer un jugement intégral sur une partie seulement des prétentions civiles et renvoyer, pour le reste, l'affaire au juge civil [3]. Il y aurait alors deux jugements principaux et, en cas de recours au Tribunal fédéral, cette autorité devrait rendre deux jugements, ce qui serait en contradiction avec les dispositions de l'article 58, 1er alinéa OJF. Aux termes de celui-ci, seuls les jugements au fond — soit, en l'occurrence, celui du juge civil —, sont recevables [4].

Au lieu de renvoyer l'action civile au juge civil, le juge pénal peut-il tout d'abord statuer uniquement sur l'action pénale et, dans une audience ultérieure, sur l'action civile, à la suite d'un complément de preuve, par exemple ? La question est controversée. Tandis que Waiblinger [5] le conteste, Lanz l'admet. Nous nous rallions plutôt à l'avis de ce dernier. Bien que ce procédé ne nous paraisse pas très régulier et qu'il puisse donner lieu à critique, il nous paraît encore préférable au renvoi *ad separatum*, puisque ce moyen ne doit intervenir qu'exceptionnellement et lorsque le juge pénal y est contraint.

---

[1] « Le pourvoi en nullité est donc recevable contre tout jugement de dernière instance cantonale sur une question de droit fédéral. Il doit en être à cet égard du prononcé du juge pénal dans l'action civile comme du prononcé pénal lui-même, non seulement pour une raison de logique, mais par des considérations d'ordre pratique. C'est précisément l'un des avantages inhérents à l'action jointe de permettre que la décision sur les conclusions civiles soit soumise au contrôle du juge suprême et susceptible d'acquérir force de chose jugée sous la forme que le juge cantonal a donnée à ces conclusions en vertu des dispositions de procédure qui régissent l'intervention civile et sa disjonction; ces dispositions autorisent partout les tribunaux à user largement des jugements partiels et à tenir ainsi compte pratiquement des besoins du lésé (cf. Exposé des motifs du Trib. féd. pour l'av.-proj. OJ rev., p. 36 *in fine*). »

[2] P. 22.

[3] Avis contraire: ZR 16/64.

[4] ATF 57 II 554.

[5] P. 22.

Lors du renvoi, les frais causés par la question civile en procédure pénale doivent être réglés au cours de celle-ci. L'article 3, 3e alinéa, chiffre 3 CPPB ne prévoit, en effet, que le renvoi pour la liquidation du montant de la *réparation*. Le texte légal ne saurait supporter une interprétation extensive. Il en sera de même pour les dépens du lésé [1]. Toutefois, si le juge civil déboutait intégralement la victime du dommage et si les frais occasionnés par l'affaire civile en procédure pénale avaient été payés par le prévenu, il pourrait tenir compte de ces faits lors de la fixation des frais au procès civil.

Le renvoi *ad separatum* tel qu'il est conçu à l'article 3, 3e alinéa, chiffre 3 CPPB était déjà prévu à l'article 365 de l'ancien CPPB, mais sous une autre forme [2]. Le législateur bernois s'est donc inspiré, sur ce point, du droit allemand, car le droit français l'ignore. Nous aurions préféré qu'il en fut ainsi dans notre législation, pour les raisons suivantes:

1. Ainsi que nous l'avons exposé plus haut, le for peut donner lieu à des difficultés.

2. Si le renvoi de l'action civile permet peut-être de statuer plus rapidement sur l'action pénale, un jugement sur l'action en réparation du dommage n'interviendra pas nécessairement plus tôt que si l'autorité répressive était appelée à se prononcer [3]. Il ne faut pas oublier que le lésé a souvent un plus grand intérêt pour l'action civile que pour l'action pénale. S'il a intenté cette dernière et s'il a une certaine satisfaction de voir l'auteur de l'infraction condamné à une peine, il n'en reste pas moins que, dans la majorité des cas, c'est à la réparation de la lésion qu'il attachera le plus de prix. Il n'aura peut-être intenté une action

---

[1] RJB 54/284 (jugement rendu sous l'empire de l'ancien CPPB).

[2] Voir Matti, p. 87.

[3] L'objet de cette étude ne porte pas sur les effets du renvoi de l'action civile en procédure civile. Relevons simplement que la maxime « le criminel tient le civil en état », consacrée par l'article 3, 2e alinéa, de l'ancien CPPB, ne figure pas dans le code actuel.

Art. 3, 2e al., anc. CPPB: « Si elle (l'action civile) est poursuivie séparément devant les tribunaux civils, l'exercice en est suspendu tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique intentée avant ou pendant la poursuite de l'action civile. »

pénale que pour être à même de faire valoir sa réclamation civile devant la juridiction répressive, à raison des frais moins élevés de la procédure pénale. Le but recherché par le législateur, soit un jugement pénal rendu le plus rapidement possible, est alors manqué tant pour le lésé que pour le prévenu, qui devra résister à un deuxième procès. Or, il n'est pas sans intérêt de connaître la répercussion des décisions judiciaires sur les parties. S'il est établi que, du point de vue de la procédure, ces décisions ne peuvent leur donner satisfaction, même pas au lésé qui a expressément choisi la voie pénale, l'article 3, 3e alinéa, chiffre 3 CPPB va à des fins contraires aux intérêts bien compris des justiciables.

3. Le CPPB admet — avec des restrictions, il est vrai — la règle « electa una via, non datur recursus ad alteram ». Si, d'une part, le lésé est tenu, dès qu'il s'est prononcé, de poursuivre l'action civile devant la juridiction répressive et qu'il s'établit, en quelque sorte, avec celle-ci un contrat judiciaire, nous contestons, d'autre part, au juge pénal le droit de renvoyer le lésé sans son consentement devant le juge civil, l'argument de la prolongation de la procédure pénale à cause de l'affaire civile ne nous paraissant nullement pertinent, et surtout pas en mesure de rompre le contrat établi tacitement.

4. Pour se débarrasser de l'affaire civile, le juge pénal aura peut-être tendance à considérer que les exigences de l'article 3, 3e alinéa, chiffre 3 CPPB sont remplies [1].

5. Si la question civile relève du président du tribunal ou du tribunal de district (art. 2 et 3 CPCB), l'action en réparation du dommage renvoyée par le président du tribunal ou le tribunal de district en qualité d'autorités répressives (art. 30 et 31 CPPB) sera tranchée par les *mêmes personnes* [2].

6. Il découle du chiffre précédent que le juge pénal (et civil s'il est saisi de l'action civile) est aussi en mesure de se prononcer

---

[1] C'est une considération d'ordre théorique, cf. le chiffre suivant.

[2] Voir toutefois le décret du 5 avril 1922 réglant l'organisation judiciaire du district de Berne et le règlement y relatif du 25 novembre 1922. Cf., en outre, le décret du 8 juin 1910 réglant l'organisation judiciaire du district de Bienne, et règlement y relatif, du 2 juin 1927.

rapidement sur l'action en réparation s'il statue en qualité de juge civil [1]. D'autre part, il serait téméraire de prétendre, principalement en cas de recours, c'est-à-dire lorsque la chambre pénale est saisie [2], que les connaissances juridiques du ou des membres de l'autorité répressive sont moins poussées en droit civil que celles du juge civil.

7. Il est quelquefois difficile, sinon impossible, au juge pénal, de se prononcer sur la proportion des fautes commises par le lésé et le prévenu lorsque l'administration des preuves n'est pas terminée et que l'étendue du dommage n'est pas encore établie. Aussi en résulte-t-il que, contrairement à ce qu'a voulu le législateur, le juge pénal ne peut pas prononcer un jugement de principe en toute connaissance de cause et en se rendant compte de ses effets.

8. Enfin, les frais des parties seront forcément plus élevés si celles-ci doivent soutenir un deuxième procès.

§ 11. — EXERCICE DE L'ACTION CIVILE

Nous nous proposons d'examiner ici la partie spéciale du CPPB. Il va sans dire que nous ne nous arrêterons qu'aux faits intéressant uniquement le plaignant civil, tout en admettant que les autres sont connus. Vu l'ampleur du sujet et pour plus de clarté, nous passerons en revue les différentes phases de la procédure en ne relevant toutefois que les chapitres réclamant des explications de notre part.

---

[1] Si les autorités répressive et civile sont composées des mêmes personnes (président du tribunal, tribunal de district), elles pourront même statuer plus rapidement que si un renvoi (à elles-mêmes, mais à un titre différent) intervient puisque, dans ce dernier cas, il faudra attendre l'introduction de l'instance par le lésé et commencer une nouvelle procédure, avec tous les actes qu'elle comporte.

[2] La question ne peut se poser pour le président du tribunal ou le tribunal de district puisque ces autorités sont composées des mêmes personnes pour connaître des causes pénales et civiles. Cf. toutefois note 2, page 168.

Dispositions générales concernant la conduite et la forme de l'instruction (art.89—104)

L'instruction se faisait, sous l'empire du code de 1854, sans l'intervention des parties (art. 89) et le principe du secret de l'instruction (principe de l'inquisition) était pleinement observé (art. 93). La partie civile, comme le prévenu, étaient par conséquent totalement évincés de cette phase de la procédure et le droit de récusation qu'ils pouvaient soulever contre le juge d'instruction ou son greffier (art. 34) n'infirme nullement ce que nous prétendons.

Le CPPB de 1928 apporte une heureuse amélioration à la situation des parties lors de l'instruction. Bien que l'article 93 institue, comme celui de l'ancien code qui lui correspond, le secret de l'instruction, il formule des réserves contenues aux articles 95, 98 et 183, 2e alinéa.

La première de ces dispositions oblige le juge d'informer les parties [1] qu'« elles seront autorisées à intervenir dans la procédure conformément aux art. 96 et 97 ci-après ». Seul l'article 96, auquel nous renvoyons, intéresse la partie civile.

Le droit de participer aux actes d'instruction — dans une certaine mesure, il est vrai — constitue une innovation et renforce la position des parties. Si ces dernières ne jouissent pas pleinement de leurs droits et que ceux-ci sont limités aux intérêts supérieurs de l'enquête [2], il faut admettre que le tempérament apporté au principe du secret de l'instruction est heureux. Le législateur a su concilier, dans de justes limites, les intérêts de la procédure, du plaignant (pénal et civil) et du prévenu [3].

---

[1] L'action publique étant à présent ouverte conformément à l'article 88, le plaignant civil peut intervenir lors de l'instruction dans la mesure prévue par le code. Par « parties » (art. 95 CPPB), il faut entendre, outre le prévenu, le plaignant au sens de l'article 43, 1er alinéa, chiffres 1 et 2.

[2] L'immixtion ne doit pas en troubler son succès ni son cours (art. 96, 3e al.; 97 *in fine*, 99 CPPB).

[3] L'extension des poursuites pénales (art. 100 s. CPPB) peut entraîner une extension du dommage causé par les actes punissables et, partant, une modification de l'action civile. Nous développerons cette question lorsque nous parlerons des débats (p. 183 s.).

Audition du plaignant (art. 134—135).

L'article 134, 4e alinéa met heureusement fin à une controverse due au manque de clarté de l'ancien CPPB [1]. Il dispose que « le dénonciateur qui ne s'est pas porté plaignant est entendu comme un témoin ». Même à défaut de l'article 136 CPPB, qui précise que « toute personne qui n'est point partie au procès pénal est tenue d'obtempérer à une citation du juge l'appelant à comparaître comme témoin, »..., on devrait arriver, par déduction, à admettre qu'une partie ne peut être témoin dans le procès pénal où elle figure. D'ailleurs, déjà selon l'article 39, on constate que le plaignant (pénal ou civil) est partie, et que la qualité de partie est inconciliable avec celle de témoin. On peut toutefois concevoir le cas où, s'agissant d'un délit poursuivi d'office, le lésé ne se constitue pas plaignant lors de l'instruction. Il pourra alors être entendu comme témoin. Si, dans la suite, il est partie au procès, les déclarations qu'il a faites en qualité de témoin ne sont pas nulles de plein droit, mais le juge appréciera librement le crédit qu'il peut accorder à la déposition d'une personne intéressée.

Selon le 2e alinéa de l'article 134, « le plaignant qui a pris des conclusions quant à ses intérêts civils est tenu d'indiquer au juge d'instruction les faits sur lesquels il fonde son action, ainsi que les moyens de preuve qu'il connaît ». A supposer que la partie civile ne s'exécute pas, ou qu'elle s'exécute imparfaitement, le juge n'aura aucun moyen à son encontre. La seule sanction sera le rejet de la demande, pour manque de justification et de fondement. Pas plus que le prévenu, le plaignant civil ne peut être exhorté à la vérité, ni poursuivi pénalement pour fausses déclarations [2].

Si le lésé ne s'est pas encore constitué partie lors de l'instruction, le juge n'a pas l'obligation de le convoquer et de lui demander s'il veut intervenir au procès comme plaignant pénal ou

---

[1] RJB 42/457, 513: Müller Otto: Die Zivilpartei als Zeuge.

[2] Krauer (p. 120) prétend que le plaignant est tenu de dire la vérité, mais qu'il ne peut être poursuivi pénalement pour fausses déclarations.

Cf. aussi Waiblinger, p. 213.

civil, contrairement à ce que déclare Waiblinger [1]. Certes, il est dans l'intérêt de celui qui a subi un dommage de défendre ses droits en justice et de bonne politique aussi de rendre l'intéressé attentif aux moyens de procédure qui sont à sa disposition. Son entrée dans le procès peut aussi aider le juge à mieux élucider certains points quand il apporte une collaboration active, plutôt que d'être entendu seulement comme témoin. Il convient donc de lui exposer cette situation, sans toutefois influencer sa détermination.

Audition des témoins (art. 136—145)

Ce chapitre ne concerne pas le plaignant civil, puisqu'il est partie au procès et ne peut, par conséquent, être témoin, ainsi que le prévoit l'article 136. Il lui est cependant loisible d'exercer les droits qui lui sont conférés par l'article 98 CPPB et d'assister à l'audition des témoins. Il peut aussi leur poser des questions explicatives, bien que la loi soit muette sur ce point.

Inspections et expertises (art. 146—168)

Conformément aux articles 98 et 147, le plaignant civil peut assister à une inspection, prendre connaissance du ou des rapports d'expertise, proposer la désignation d'un expert, lui poser des questions [2]. Si un nouvel expert est désigné uniquement pour les besoins de l'action civile, le plaignant civil devra faire l'avance des frais.

Clôture de l'instruction (art. 183)

La clôture de l'instruction incombe uniquement au juge d'instruction et les parties ne peuvent nullement l'influencer. Le juge ne pourra cependant y procéder qu'après avoir donné

---

[1] P. 212. Ce n'est que dans deux procédures spéciales, soit celle du mandat de répression (art. 219 s. CPPB) et de la procédure orale (art. 226 s. CPPB) que l'on peut admettre, au vu du texte légal, que le juge est amené à demander au lésé s'il veut se constituer partie au procès (cf. art. 219, 4e al., et 227, 3e al., CPPB).

[2] RJB 62/84.

aux parties l'occasion d'exercer les droits que leur confèrent les articles 96 [1] et 97 [2].

A cette phase de l'instruction, les parties peuvent encore, après avoir compulsé le dossier, demander un complément d'enquête.

Décisions prises en commun par le juge d'instruction et le procureur d'arrondissement (art. 184—191)

Lorsque le procureur d'arrondissement adhère à la proposition du juge d'instruction — ne pas poursuivre l'affaire ou la renvoyer au tribunal compétent —, l'ordonnance de renvoi produit ses effets (art. 185). Elle doit être communiquée, entre autres, à la partie civile (art. 186, 1er al.). Le plaignant (pénal ou civil) ne dispose pas d'une voie de recours lorsque le juge d'instruction et le procureur ne peuvent s'entendre. Elle serait superflue, étant donné que c'est la chambre d'accusation qui tranche alors la question (art. 185, 2e al.). Par contre, le plaignant peut recourir à la chambre d'accusation dans les dix jours (art. 190) qui suivent la communication d'une ordonnance de non-lieu rendue conjointement par le juge d'instruction et le procureur d'arrondissement lorsque l'acte instruit est frappé d'une peine privative de liberté (art. 187) [3].

On pourrait croire que l'article 187 viole le principe de l'« égalité des droits des parties », puisqu'il n'accorde qu'au plaignant — et non pas au prévenu ou au dénonciateur — le droit de recourir contre une ordonnance de non-lieu. C'est là non pas une faveur, mais simplement un correctif, qui constitue une innovation par rapport au code précédent. En effet, le prévenu aura encore toute latitude, au cours des débats, de justifier de son innocence, tandis que si l'affaire se termine par un non-lieu, la partie civile ne pourra plus faire valoir ses droits dans la procédure pénale, celle-ci n'étant pas poursuivie [4].

---

[1] Compulsion du dossier, demande de complément d'informations.

[2] L'article 97 ne concerne pas le plaignant civil.

[3] Cette dernière restriction a été prévue pour limiter le nombre des recours.

[4] Dans le même sens: JÄGGI, p. 27.

Pour pouvoir recourir contre une ordonnance de non-lieu, le plaignant doit s'être constitué comme tel avant la procédure de renvoi. La constitution faite simultanément avec le recours n'est pas possible [1].

Arrêt de la chambre d'accusation (art. 192—198)

Dans les cas punis de réclusion à perpétuité ou à minimum déterminé, de même que dans ceux prévus à l'article 29, nos 2 et 3 CPPB, le plaignant a la faculté de se prononcer sur le résultat de l'enquête par un mémoire écrit, qu'il remet au juge d'instruction dans les huit jours qui suivent la réception de l'arrêt de clôture.

Dispositions communes (art. 199—210)

Si un acte de non-lieu est prononcé, « le plaignant (au civil) conserve le droit de faire valoir ses intérêts civils devant les tribunaux civils » (art. 199, 3e al.), car il n'est plus possible d'examiner l'action privée dans la procédure pénale à laquelle le non-lieu met un terme.

L'acte de non-lieu précisera si les objets saisis doivent être restitués au propriétaire (art. 199, 5e al.). Cette disposition peut intéresser la partie civile, qui aura dû, le cas échéant, remettre au juge d'instruction des objets lui appartenant, à l'effet de constituer des moyens de preuve [2].

Les opérations préliminaires aux débats (art. 219—233)

Ce chapitre développe deux procédures très particulières: le mandat de répression et la procédure orale.

1. *Le mandat de répression.*

L'action civile intentée en procédure pénale met obstacle à l'application du mandat de répression. En effet, l'article 3

---

[1] Arrêts de la chambre d'accusation des 27 mars 1930 et 16 avril 1931 en la cause Emile Pfeiffer, non publiés, cités par WAIBLINGER, p. 279.

[2] Nous parlerons des frais du plaignant civil occasionnés par le non-lieu dans le chapitre traitant des frais (p. 210 s.).

dispose que l'action en réparation du dommage causé par un acte punissable peut être poursuivie en même temps et devant les mêmes juges que l'action civile. Aucune des exceptions prévues par cet article et d'autres dispositions se rapportant à l'action civile ne prévoit que si la procédure ordinaire (des débats) n'est pas utilisée, le plaignant civil ne pourra exercer ses droits. L'institution de l'action civile en procédure pénale serait fondamentalement atteinte si son application était frappée par une telle restriction. Le législateur s'en est parfaitement rendu compte et a expressément prévu au 4e alinéa de l'article 219 que la procédure du mandat de répression ne s'applique pas lorsque la plainte contient une réclamation civile. Mais il est allé plus loin : même dans le cas où une action civile n'a pas encore été formulée, un mandat de répression ne peut être décerné si la nature du cas laisse entrevoir une telle réclamation ou qu'elle doit être envisagée.

L'alinéa précité nous paraît avoir une portée trop restreinte. On pourrait en déduire, selon son interprétation grammaticale, que seuls peuvent être envisagés les cas où une « plainte » a été déposée. Rien ne s'oppose, selon nous, à ce que les débats poursuivis d'office soient soumis aux mêmes règles. Le lésé peut, en effet, se constituer plaignant uniquement dans le sens de l'article 43, 1er alinéa, chiffre 2 CPPB ou se joindre à l'action publique provoquée par « quiconque » ou les fonctionnaires et employés de la police judiciaire (art. 70 CPPB). Nous donnerions la préférence à un terme plus général que « plainte », par exemple, « action pénale » ou « affaire pénale ».

Si une réclamation civile n'a pas encore été formulée, mais qu'il convient de l'envisager, le juge doit demander au lésé — qui ne s'est peut-être constitué plaignant qu'au sens de l'article 43, 1er alinéa, chiffre 1 CPPB — s'il désire participer au procès en qualité de partie civile. Ce n'est que lorsque l'autorité répressive aura acquis la conviction [1] que le plaignant ayant subi un dommage n'en demandera pas la réparation en procédure pénale, qu'il pourra avoir recours à la procédure du mandat

[1] Par audition de l'intéressé, échange de correspondance, rogatoire, etc.

de répression. La constitution de la partie civile doit donc intervenir, dans tous les cas, avant l'ouverture de cette procédure spéciale [1].

Qu'en est-il si le juge n'observe pas les dispositions de l'article 219, 4e alinéa ? Il y a lieu, tout d'abord, de préciser qu'elles constituent non seulement des mesures d'ordre formel, mais surtout des moyens pour la défense des intérêts matériels du lésé [2], qui se verrait exclu du procès pénal si un mandat de répression était décerné. On se rend compte, dès lors, des répercussions que pourrait avoir cette clause si elle n'était pas observée. En ne tenant pas compte de l'article 219, 4e alinéa, le juge commet incontestablement une infraction aux devoirs de sa charge au sens de l'article 64 CPPB et s'expose à une prise à partie [3].

Si la plainte renferme une action civile, la situation est parfaitement claire et la procédure du mandat de répression n'est pas applicable. Toutefois, le 4e alinéa de l'article en question ne précise pas les cas où la plainte « laisse entrevoir » une réclamation civile, ou lorsqu'une telle « doit être envisagée d'après la nature du cas ». Selon nous, le juge peut s'attendre à une réclamation du dommage causé lorsque le lésé s'est *réservé* de se constituer partie civile et qu'il n'a pas encore agi avant les débats. En outre, on peut admettre le même point de vue quand le plaignant pénal, qui n'est pas assisté d'un mandataire professionnel, formule, lors de son audition, de vagues prétentions à une réparation, prétentions qui ne sont pas exposées sous la forme de conclusions, mais desquelles il ressort qu'une satisfaction paraît être exigée. Il ne faut pas oublier que, malgré le principe « nul n'est censé ignorer la loi », les justiciables — profanes en droit — ne la connaissent que très imparfaitement. C'est donc au juge qu'il incombe de suppléer à cette déficience,

---

[1] Dans le même sens: Krauer, p. 83.

[2] Dans le même sens: Witz, p. 329 s.; Waiblinger, p. 322; Hofstetter, p. 36.

[3] Waiblinger, p. 322; Hofstetter, p. 37; jugement de la chambre pénale du 15 juin 1932 en la cause Pfister Emma (non publié, cité par Waiblinger).

Si la prise à partie est fondée, les actes illégaux pourront être annulés (dans le même sens: Witz, p. 331, Hofstetter, p. 37).

toute naturelle, en tirant des propos peut-être incohérents du lésé l'idée qu'il n'a pas clairement formulée. Au besoin, le juge lui demandera expressément, ainsi qu'il est dit plus haut, s'il entend se constituer partie civile [1].

Une réclamation civile « doit être envisagée, d'après la nature du cas », lorsque l'acte punissable a causé un dommage (art. 3, 1er al. CPPB).

Si le juge considère les conditions de l'article 219, 4e alinéa comme remplies, il peut, avant de fixer audience pour les débats (art. 228), recourir à la procédure orale prévue par l'article 226, mais il ne doit pas forcément, ainsi que Witz [2] le prétend, ordonner l'ouverture des débats principaux [3].

Il ressort des articles 220, chiffres 5 et 6, 221 et 223 que seuls le prévenu et le procureur d'arrondissement peuvent former opposition contre le mandat de répression. On ne saurait déduire de cette constatation que le plaignant civil est prétérité, puisqu'un tel mandat ne peut précisément être décerné que lorsqu'il n'y a pas de réclamation civile, soit donc quand il n'y a pas de partie civile.

On peut se demander, à première vue, si l'article 224, 2e alinéa n'est pas en contradiction avec l'article 219, 4e alinéa, que nous venons d'examiner. Tel n'est cependant pas le cas. Sagement, le législateur l'a prévu pour le cas où le lésé ne se serait pas décidé assez tôt pour se constituer partie civile et que le juge aurait déjà ouvert la procédure du mandat de répression, car dès que celle-ci a débuté, il n'est plus possible de faire marche arrière. Dès lors, toute réclamation civile se voit irrémédiablement exclue du procès pénal. L'article 224, 2e alinéa n'est pas une application du principe du renvoi *ad separatum*, puisque celui qui a subi un dommage aurait pu prendre part à la procédure — comme partie civile — s'il s'y était pris à temps. Il constitue simplement une soupape de sûreté pour que le lésé, écarté par son imprévoyance du procès pénal, puisse faire valoir ses prétentions devant la juridiction civile.

---

[1] Waiblinger, p. 322; Hofstetter, p. 37; Witz, p. 331.
[2] P. 331.
[3] Dans le même sens: Waiblinger, p. 322; Hofstetter, p. 37.

2. *La procédure orale*

Les articles 226 et 227 traitent de la procédure orale, qui est une procédure spéciale, précédant celle des débats, qui n'intervient que si la première n'aboutit pas.

Seul l'article 227, 3e alinéa mérite une attention particulière. Il prévoit, entre autres, que le juge citera le plaignant qui s'est constitué partie civile ou lorsque la nature du cas fait présumer qu'il s'annoncera comme tel. On peut en déduire que lors de la procédure orale, le lésé peut se constituer partie civile [1, 2]. L'alinéa dont il s'agit paraît libellé de façon trop restrictive puisqu'il ne cite que le plaignant (pénal ou civil) et le dénonciateur, car le lésé peut fort bien ne pas s'être constitué plaignant et n'être pas dénonciateur. Conformément à l'article 43, 2e alinéa CPPB, il peut toutefois se constituer plaignant (civil) jusqu'à la clôture des débats principaux, soit durant la procédure orale qui les précède.

S'il ne ressort pas clairement de la plainte ou du rapport dressé par la police que le lésé est présumé se porter partie civile, et dans les cas où son nom est inconnu du juge, ce dernier pourra procéder à une petite enquête pour établir ces faits [3].

Pour que la procédure orale puisse aboutir sans avoir recours à celle des débats lorsqu'une réclamation civile est formulée, il faut non seulement que le prévenu avoue l'infraction commise et soit d'accord de se soumettre au jugement (pénal) que le juge prononcera, mais encore que la question civile soit réglée incontinent. Les prétentions civiles ne doivent pas nécessairement être acceptées intégralement. En général, elles se liquident par transaction judiciaire ou par convention des parties de porter le litige devant la juridiction civile (art. 3, 3e al., ch. 2 CPPB).

Le juge ne peut pas prononcer un jugement immédiat sur l'affaire pénale et renvoyer les parties devant le juge civil pour

---

[1] Dans le même sens: HOFSTETTER, p. 72.

[2] L'ancien CPPB ne contenait aucune disposition prévoyant que des prétentions civiles pouvaient être formulées en procédure préliminaire. La jurisprudence l'avait toutefois admis. Le législateur a tenu compte de cet état de choses en instituant l'article en question (cf. HOFSTETTER, p. 72).

[3] Comme dans la procédure du mandat de répression.

régler le montant de la réparation, ainsi que le prévoit l'article 3, 3e alinéa, chiffre 3 CPPB. Constatons tout d'abord qu'au point de vue systématique, il s'agit en l'espèce d'une procédure spéciale (procédure orale) qui doit se terminer entièrement en conformité et dans les limites des articles spéciaux qui s'y rapportent. On ne saurait, par conséquent, recourir à une disposition générale ayant trait à la procédure ordinaire, car il faut admettre qu'un article spécial (227, 3e al. *in fine*) déroge à un article général (art. 3, 3e al., ch. 3). Comme le premier précise que la question civile doit être réglée incontinent — il n'est pas permis de soulever des exceptions à ce principe —, un renvoi de l'affaire civile par le juge est exclu [1].

La loi ne dit pas ce qu'il faut entendre par réglementation de la question civile [2]. S'agit-il d'une liquidation par jugement, de la reconnaissance de dette dont le juge peut prendre acte dans son jugement immédiat, d'un renvoi de l'affaire civile au juge civil conformément à l'article 3, 3e alinéa, ch. 3 CPPB [3], d'une convention des parties de déférer l'action civile au juge civil (art. 3, 3e al., ch. 2 CPPB), d'un compromis (transaction, convention) ? A notre connaissance, cette question n'a pas encore été tranchée par les tribunaux répressifs [4], mais au vu de ce qui précède, nous admettons que le règlement de la question civile ne peut avoir lieu que si le prévenu et la partie civile seront tombés d'accord sur l'affaire litigieuse, c'est-à-dire qu'au moment où l'on sera en présence de manifestations de volonté concordante des parties sur la réclamation civile. Cette manifestation se traduira par une reconnaissance de dette ou un compromis (transaction, convention). Le juge ne doit et ne peut pas statuer, mais uniquement enregistrer dans son jugement la convention intervenue au cours de la procédure orale. Avec Waiblinger[5] et Hofstetter[6], nous admettons que cette question

---

[1] Hofstetter (p. 74) partage ce dernier point de vue.

[2] « Erledigung des Zivilpunktes », dit le texte allemand.

[3] Nous contestons que cela puisse se faire, ainsi qu'il est démontré plus haut.

[4] Waiblinger (p. 333) est du même avis.

[5] P. 333.

[6] P. 74-75.

théorique n'est que d'une importance pratique secondaire. Du point de vue matériel, un jugement sur la question civile ne se distingue presque pas d'une transaction ou d'une convention passée entre les parties sur la proposition du juge; du point de vue formel, la reconnaissance de dette ou le compromis passé devant le juge constituent, ainsi qu'un jugement, un titre ayant force exécutoire (art. 397 CPCB). Le compromis peut consister en une convention selon laquelle les parties défèrent l'affaire civile au juge civil, à un tribunal arbitral ou à un conciliateur extra-judiciaire qui pourra être, en l'espèce, le juge qui a conduit la procédure orale.

Si le plaignant ne comparaît pas, bien qu'ayant été régulièrement cité, on ne pourra inférer de cela qu'il se désintéresse de la procédure et qu'il doit en être exclu [1]. Son défaut ne signifie nullement une renonciation de poursuivre l'action civile [2]. Tout au plus est-il passible des sanctions prévues à l'article 47, 2e alinéa CPPB [3].

Durant la procédure orale, le plaignant civil peut se faire assister d'un avocat [4].

Si un mandat de répression n'a pas été décerné parce que le lésé s'est constitué partie civile ou que la cause n'a pu être vidée lors de la procédure orale, le juge fixe l'audience pour les débats (art. 228, 1er al.). Lorsque l'apport des preuves n'intéresse que la question civile, le plaignant qui en a fait la demande sera tenu d'avancer les frais fixés par le juge (3e al.). Si la preuve demandée concerne tant l'affaire pénale que civile, une avance ne saurait être exigée du plaignant civil, à moins que le juge n'estime que ladite preuve n'aurait pas été nécessaire, en l'état de la procédure, pour statuer sur l'action publique. Le plaignant admis au bénéfice de l'assistance judiciaire est évidemment dispensé de fournir l'avance des frais (art. 44, 4e al. CPPB) si, par la suite, le juge ne lui retire pas l'avantage octroyé, l'action civile ne présentant aucune chance de succès.

[1] Dans le même sens: Hofstetter, p. 75; avis contraires: Waiblinger, p. 329; Krauer, p. 118.
[2] Matti, p. 110.
[3] Voir aussi art. 236 CPPB.
[4] Hofstetter, p. 76; avis contraire: Krauer, p. 118.

Bien que le code soit muet sur ce point, nous sommes d'avis que le prévenu devra aussi effectuer une avance des frais si ses réquisitions de preuve concernent uniquement sa défense relativement à l'action civile [1].

Si les réquisitions de preuve présentées à la dernière minute nécessitent l'ajournement des débats à raison d'une faute du requérant et qu'il n'y ait pas un intérêt public essentiel à tenir compte de la requête, le plaignant pourra être condamné aux frais ainsi causés (4e al.) [2].

Les débats devant le tribunal de district et le juge unique
(art. 234—267)

Les débats sont la phase la plus importante de la procédure. Ils ont pour but d'établir les faits rassemblés lors de l'instruction (et même pendant les débats) pour aboutir à un jugement. La partie civile y use des mêmes droits que le plaignant pénal et le prévenu. S'il est dans son intérêt qu'une infraction soit établie — la preuve du délit entraîne souvent la reconnaissance quasi-automatique du dommage —, son but immédiat est la condamnation du prévenu à la réparation de la lésion qu'il a causée. Bien que tout le procès soit dominé généralement par les règles de la procédure pénale en ce qui concerne l'affaire civile [3], et que, du point de vue formel, il soit régi par la maxime officielle, il faut bien reconnaître que du point de vue matériel, l'action civile doit être traitée selon les règles du droit civil, auquel s'applique la maxime des débats [4]. Celle-ci ne peut pas seulement être prise en considération lors du jugement, car le juge doit, avant de statuer, précisément connaître les prétentions du lésé [5].

---

[1] Waiblinger (p. 336) est du même avis, sans être très affirmatif.

[2] Cf. chapitre 12, p. 201 (210).

[3] RJB 37/38; 59/598: Les règles sur la preuve en procédure pénale sont applicables pour l'action civile. Voir toutefois les exceptions soulevées sous note 5 ci-dessous.

[4] RJB 41/553.

[5] De la maxime des débats découlent différents principes tels que: *Nemo invitus agere cogitur; nemo iudex sine actore; iudex ne procedat ex officio; quod non est in actis, non est in mundo; confessio pro veritate accipitur; volenti non fit iniuria; iudex ne eat ultra petita partium*; cf. Krauer, p. 8-12.

L'article 240 traite spécialement de l'exclusion du plaignant (civil) dont les intérêts civils ne peuvent plus être pris en considération dans la procédure pénale. Il constitue donc une exception à la règle *electa una via* découlant de l'article 3, 2e alinéa CPPB et pourrait ainsi figurer avec les cas prévus au 3e alinéa de cette dernière disposition [1]. Si cette classification, logique, était intervenue, on aurait pu supprimer l'article 240, qui découle de l'article 238 et reproduit un de ses principes [2]. Il s'agit donc d'une répétition superflue que l'on aurait pu éviter en ajoutant un chiffre 4 à l'article 3, 2e alinéa. Comme cela n'a pas été fait, le législateur a craint de se trouver dans une impasse en ne précisant pas ce que pouvait faire le plaignant pour ses intérêts civils lorsqu'il est écarté des débats pour des raisons de procédure [3].

Le plaignant incapable d'ester en justice ne peut pas participer aux débats [4]. Les mineurs et les interdits capables de discernement peuvent ester en justice quant à leurs droits strictement personnels et, par conséquent, intenter une action civile (art. 43, 3e al. CPPB). Dans ces conditions, l'article 240 ne leur est pas applicable.

Le plaignant n'est pas non plus capable de participer aux débats lorsqu'il possède l'exercice des droits civils, mais n'est pas représenté en justice par un mandataire selon les règles exigées en l'espèce. En outre, le prévenu contre lequel l'action civile est dirigée ne peut être valablement recherché s'il n'a pas l'exercice des droits civils [5]. Avec Waiblinger [6], nous sommes d'accord pour admettre que l'exclusion du plaignant aux termes de l'article 240 CPPB [7], ne saurait être définitive lorsque, subséquemment [8], le lésé qui n'a pas l'exercice des droits civils se

---

[1] Waiblinger, p. 346.

[2] Absence d'une condition essentielle de l'action civile.

[3] Ni l'article 256, 2e alinéa, ni l'article 259, 2e alinéa, ne seraient, en effet, applicables dans le cas qui nous occupe.

[4] P. 83 s.

[5] RJB 42/43.

[6] P. 347.

[7] Ainsi qu'un jugement de non-entrée en matière à défaut de la qualité pour ester en justice.

[8] Jusqu'à la clôture des débats.

constitue valablement plaignant en agissant par son représentant légal et qu'il intente à nouveau son action civile. De même, celle-ci devra être prise en considération si, après l'avoir intentée contre un prévenu qui n'a pas l'exercice des droits civils, le lésé la dirige contre le représentant légal de l'auteur du dommage.

Les questions préjudicielles vidées, le juge interroge en premier lieu les parties, soit dans l'ordre, le plaignant pénal, le plaignant civil, puis le prévenu (art. 242 CPPB).

C'est le moment de rechercher si l'action civile, comme l'action publique, peut être modifiée. L'extension ou la disjonction des poursuites pénales (art. 251, 100—103 CPPB) peut avoir, en effet, une répercussion immédiate sur l'action civile déjà ouverte.

Ainsi que nous l'avons vu, le lésé peut se constituer plaignant civil dès que le juge est saisi de l'affaire pénale ou en déposant lui-même une plainte pénale. Si l'action civile est intentée dès qu'il est possible de le faire, il peut arriver que l'instruction, conduite subséquemment par le juge, amène une modification partielle ou totale des faits et personnes incriminés dans l'affaire en cours, de sorte que les conclusions retenues au début de la procédure ne correspondront plus à la situation telle qu'elle se présente aux débats. En outre, il est des cas où l'ampleur du dommage n'est pas connue au moment du dépôt de l'action et où seuls les débats permettront au plaignant de se rendre compte de la perte subie [1]. Puisque celui qui a souffert du dommage peut intenter l'action civile jusqu'à la clôture des débats (art. 43, 2e al. CPPB), on peut déduire de ce simple fait que ce sont les conclusions déposées à ce moment-là que le juge doit retenir, sans se soucier de celles qui ont été formulées précédemment. Notre conviction est fortifiée dans ce sens par le fait que l'article 252, 4e alinéa CPPB prévoit que lors des plaidoiries — soit juste avant la clôture des débats —, « le plaignant est tenu de spécifier ses réclamations dans un état ou une déclaration au procès-verbal, avec preuves à l'appui ».

---

[1] RJB 47/682.

Le code ne dit pas s'il est possible de modifier l'action civile. A défaut d'une disposition l'interdisant, elle doit donc être admise. La doctrine [1] et la jurisprudence [2] qui se réfèrent, par analogie, aux dispositions expresses du CPCB (art. 94), se prononcent dans ce sens. En effet, on ne verrait pas pourquoi on pourrait admettre une modification de l'action publique et non pas de l'action civile. Nous pensons que l'article 94 CPCB (modification de la demande) s'applique par analogie, puisque l'action de droit privé pourrait normalement faire l'objet d'une procédure civile et que le CPPB n'apporte aucune indication sur ce point [3].

L'action civile étant régie par les principes de la maxime des débats, le lésé devra préciser ses prétentions (art. 252, 4e al. CPPB). Si elles l'ont déjà été au début de la procédure, elles pourront donc être modifiées. Est-il possible de les réduire ou de les augmenter ? Le défaut de réglementation sur cette question [4] ainsi que la logique nous permettent de dire qu'elles peuvent être modifiées dans un sens ou dans l'autre. La modification est même possible si l'action pénale reste inchangée et elle est d'autant plus indiquée lors d'une extension des poursuites pénales, à raison de faits nouveaux ou de nouvelles personnes. Plus le nombre de celles-ci grandit, plus les chances de la partie civile d'obtenir un dédommagement augmentent (insolvabilité de l'une, aisance de l'autre). Si, au début de la procédure, le lésé a déclaré, sans plus, réclamer des dommages-intérêts, il pourra en préciser le montant.

Matti [5] et Krauer [6] considèrent qu'une modification dans le sens d'une augmentation n'est plus possible lorsque le lésé a renoncé à de plus amples prestations que celles qu'il a déjà formulées. Nous ne sommes pas de cet avis dans tous les cas car, au moment de la renonciation, le plaignant ne connaissait

---

[1] Matti, p. 79-81; Krauer, p. 74-75.
[2] RJB 47/682; 58/340; 67/85.
[3] *De lege ferenda*, il serait souhaitable que cette lacune fût comblée.
[4] Outre les auteurs cités sous note 1, voir, à ce sujet, Bloch, p. 12.
[5] P. 81.
[6] P. 74.

peut-être pas tous les faits révélés par les débats et, en particulier, l'étendue du dommage. Il paraîtrait donc injuste de pouvoir, avant la clôture des débats, se prévaloir d'une renonciation qui ne correspond plus du tout à la situation de fait et de droit aux débats. Le plaignant civil ne pourra cependant plus modifier ses conclusions s'il est établi qu'il les a formulées en connaissance de cause.

Les modifications apportées aux conclusions de l'action civile peuvent se faire verbalement et être consignées au procès-verbal, même si la demande a été précédemment formulée en la forme écrite. Elles nécessiteront peut-être un complément d'enquête au cours de laquelle le plaignant pourra, comme auparavant, poser des questions aux (nouveaux) témoins et experts. Si l'enquête complémentaire doit uniquement porter sur la question civile, le lésé devra faire l'avance des frais [1].

L'administration des preuves terminée, les parties ont la parole pour plaider et formuler leurs conclusions. La partie civile spécifiera en outre ses réclamations dans un état ou une déclaration au procès-verbal, avec preuves à l'appui (art. 252, 2e et 4e al.) [2].

Le jugement porte sur le fait incriminé par l'acte de renvoi ou, à défaut, par la dénonciation, tel qu'il ressort des débats (art. 255, 1er al. CPPB). Il en est ainsi tant pour l'action pénale que pour l'action civile. Le juge ne peut, en effet, statuer sur cette dernière qu'au vu des faits à la base du renvoi, à l'exclusion d'autres. En outre, il est lié aux conclusions du plaignant, en ce sens qu'il ne peut lui accorder davantage ou autre chose que ce qui est réclamé. Toutefois, l'application du principe *ne eat ultra petita partium*, issu de la maxime des débats, ne se rapporte pas aux éléments du calcul de la revendication [3]. L'inobservation de la règle précitée peut donner lieu à l'appel ou au pourvoi en nullité [4].

---

[1] Cf. art. 231, 3e al., CPPB.

[2] Voir p. 146 s., 188 au sujet de l'inobservation de cette disposition; RJB 42/103; 49/585.

[3] RJB 67/290.

[4] Art. 306; 327, ch. 4; 328, ch. 2, CPPB.

Le juge — qu'il ait acquitté ou condamné le prévenu — doit statuer sur l'action civile intentée par le plaignant [1]. Une omission sur ce point justifierait sans autre un recours [2]. S'il n'est pas donné suite à l'affaire (art. 256, 2e al. CPPB), le plaignant conserve le droit de porter sa réclamation devant le juge civil [3].

Si le prévenu acquitté obtient une indemnité de l'Etat, le plaignant et le dénonciateur qui auront agi de mauvaise foi ou par légèreté pourront être rendus responsables en tout ou partie de l'indemnité allouée (art. 258, 2e al.). Si le plaignant pénal n'est pas la même personne que le plaignant civil, la disposition précitée ne touchera pas ce dernier qui se sera borné à actionner civilement sur la base de l'action ou de la plainte pénale.

Nous traiterons des frais (art. 260-266) dans un chapitre spécial [4].

Les débats devant la cour d'assises (art. 283-296)

L'article 293 précise, sous chiffre 5, que l'objet du délibéré doit porter sur l'action civile.

Dispositions générales des voies de recours (art. 297-303)

Le dépôt de trente francs que doit effectuer le plaignant (art. 300) en cas de recours ne concerne que la cause pénale (art. 305), et non pas la cause civile (art. 306) [5]. Si le recours porte tant sur l'affaire pénale que l'affaire civile et que la consignation n'est pas effectuée au greffe du tribunal de première instance dans le délai de recours, la chambre pénale ne pourra pas statuer sur l'action publique et ne prendra en considération que l'action privée. Encore faudra-t-il, si le recours est un appel, que cette dernière puisse faire l'objet d'un appel distinct, c'est-à-dire que le litige soit susceptible d'appel à teneur des dispositions du CPCB (art. 306, 1er al. CPPB).

Celui qui s'est constitué plaignant au sens de l'article 43, 1er alinéa, chiffre 2 CPPB uniquement peut aussi recourir contre

---

[1] Art. 256, 1er al.; 259, 1er al., CPPB; RJB 37/190.
[2] RJB 49/159.
[3] Voir p. 148 s.
[4] Chapitre 12, p. 210 s.
[5] RJB 69/248.

le jugement rendu sur la question pénale, car l'article 307, chiffre 1 CPPB parle de l'appel des « parties », ainsi que du « plaignant », sans préciser si c'est le plaignant pénal ou civil, et les dispositions réglant le pourvoi en nullité sont muettes sur ce point.

L'appel (art. 304—326)

Depuis l'entrée en vigueur du CPPB actuel, les dispositions concernant l'appel ont subi plusieurs modifications. L'article 306, qui régit spécialement l'appel au civil, renvoie aux règles du CPCB pour déterminer la recevabilité du recours. Celui-ci sera donné « lorsqu'à teneur des dispositions du Code de procédure civile, le litige serait susceptible d'appel » (art. 306, 1er al.) [1]. Or, l'article 335 CPCB admet que l'appel est recevable « pour les contestations dans lesquelles la valeur litigieuse est de huit cents francs au moins ou ne peut être évaluée... »

Le législateur de 1941 a introduit une innovation heureuse, en ce sens qu'il fait une différence marquée entre l'appel (civil) distinct (art. 306, 1er al.) et celui qui ne l'est pas (art. 306, 2e al.). Cela facilite certainement la tâche de la juridiction supérieure et des parties, et les difficultés [2] rencontrées sous le régime de l'ancien et du nouveau code jusqu'à la nouvelle modification de l'article 306 seront en grande partie aplanies.

[1] A noter que l'article 306 CPPB a été modifié par l'article 29, chiffre XVI, LiCPS. Auparavant, l'ancien article 306 renvoyait aussi au CPCB, non pas en prenant pour critère la recevabilité de l'appel (art. 335 CPCB), mais la compétence en dernier ressort du juge ou du tribunal de première instance (art. 2 et 3 CPCB). Or, cette compétence était admise dans les contestations dont l'objet n'atteignait pas la valeur de 400 fr. pour le président du tribunal et 800 fr. pour le tribunal de district. La loi du 30 juin 1935 concernant des mesures en vue du rétablissement de l'équilibre financier de l'Etat a modifié ces dispositions en élevant la compétence à raison de la matière du président du tribunal à 800 fr. Depuis 1935, la recevabilité de l'appel de l'action civile en procédure pénale n'a pas subi de modification quoique le nouvel article 306 CPPB se réfère à d'autres dispositions du CPCB. Il n'était d'ailleurs plus possible de parler de la compétence en dernier ressort du tribunal de première instance (tribunal de district) puisque ce dernier ne peut être saisi, selon le nouvel article 3 CPCB, que des cas spécifiés à l'article 4 LiCC et des actions dérivant de rupture de fiançailles (art. 92-95 CC).

[2] Cf. les ouvrages de Lauterburg, Zurbrügg et Probst, cités dans notre bibliographie.

Dans le cas de l'article 306, 1er alinéa, la question à résoudre est celle de savoir quand l'appel au civil est recevable. Il est nécessaire, pour cela, de s'en référer au CPCB, notamment au titre XI (art. 137—143), qui traite de la valeur litigieuse.

Ainsi que nous venons de le voir, la réclamation du lésé devra porter sur une valeur litigieuse de 800 fr. au moins (art. 335, 1er al. CPCB). C'est l'indication du demandeur qui déterminera la valeur de l'objet litigieux (art. 137 CPCB) et lors de réclamations en espèces, la chambre pénale est liée par cette indication pour juger de la recevabilité de l'appel [1]. S'il s'agit de restitution d'objets (réclamation en nature), le juge tiendra aussi compte du chiffre articulé par le plaignant. Toutefois, si ce dernier en hausse la valeur dans le dessein de rendre l'affaire susceptible d'appel, cette voie de recours doit lui être refusée [2].

Dans le cas où le plaignant aura spécifié ses réclamations dans un état ou une déclaration au procès-verbal, conformément à l'article 252, 4e alinéa CPPB, le tribunal aura là une excellente base pour juger de la valeur litigieuse. Si un tel état n'est pas déposé [3], la cause peut tout de même donner lieu à l'appel, mais si le lésé ne précise pas ses prétentions ou s'il demande des dommages-intérêts « à dire de justice » et laisse ainsi toute latitude au juge pour apprécier l'étendue du dommage, voire de la valeur litigieuse, la chambre pénale ne pourra pas sans autre donner suite à l'affaire. Elle devra, au préalable, déterminer si, au vu des pièces du dossier et compte tenu de tous les éléments du litige, l'action civile porte sur une somme de 800 fr. au moins [4]. Le fait de s'abstenir du dépôt de l'état des réclamations peut donc conduire à un rejet de l'appel pour le

---

[1] Waiblinger, p. 434.

[2] Exemple: le lésé ne peut prétendre que la bicyclette endommagée par le prévenu au cours d'une bagarre a une valeur de 800 fr., puisque ce véhicule a une valeur marchande de 300 à 400 fr.

[3] Selon le jugement publié dans RJB 37/332, on ne saurait exiger un état des réclamations de la partie civile qui revendique une indemnité pour tort moral.

[4] RJB 42/103; 71/272; Waiblinger, p. 435; Zurbrügg, p. 34.

cas où le lésé n'aurait pas suffisamment motivé ses revendications au cours de la procédure [1, 2].

Contrairement à l'article 452 de l'ancien CPPB, l'article 306 fait expressément état de la valeur litigieuse, bien qu'il renvoie, à ce sujet, au CPCB. De ce fait, l'article 139 CPCB peut être appliqué par analogie et on peut additionner les différents montants réclamés, lors même qu'ils dérivent de différents délits. Selon la récente jurisprudence de la chambre pénale [3], cette opération n'est toutefois possible que lorsqu'elle est admissible aux termes des articles 139 et 159 CPCB. La doctrine [4] est aussi dans ce sens. La jurisprudence fondée sur l'ancien CPPB ne peut donc plus être prise en considération [5]. En revanche, le cumul des demandes n'est plus possible lorsque l'action civile est dirigée contre plusieurs prévenus, car la responsabilité solidaire (passive) prévue à l'article 50 CO est étrangère à la procédure pénale [6].

Avec Waiblinger [7] et Lauterburg [8], il convient de reconnaître que la satisfaction résidant pour le plaignant dans le fait de la condamnation pénale du prévenu à une amende, par exemple, ne peut entrer en considération pour le calcul de la valeur litigieuse de l'action civile.

Pour la recevabilité de l'appel, la valeur à considérer est celle qui résulte des conclusions et déclarations des parties sur lesquelles repose le jugement de première instance (art. 141 CPCB).

Cette règle s'applique aussi à l'action civile en procédure pénale.

Si le plaignant a renoncé à une partie de ses prétentions [9] ou si celles-ci ont été admises partiellement par le prévenu, la renonciation ou l'admission diminue d'autant la valeur du

---

[1] RJB 42/103; 49/585.
[2] Voir p. 146 s., 188.
[3] RJB 76/309.
[4] Waiblinger, p. 435; Probst, p. 85.
[5] RJB 37/431, 478; 39/95; 41/392; 48/243.
[6] Waiblinger, p. 435.
[7] Id.
[8] P. 329.
[9] RJB 43/217.

litige, et l'on ne pourra plus considérer, pour faire l'objet d'un appel, que les prétentions encore litigieuses.

L'appel au civil est aussi ouvert lorsque la contestation ne peut être évaluée en argent [1], par exemple quand il s'agit d'une action en cessation d'une atteinte illicite à des intérêts personnels (art. 28 CC) [2].

Tandis que la valeur litigieuse est la première question à considérer dans les cas de l'appel (au civil) distinct (art. 306, 1er al.), elle ne joue aucun rôle dans l'appel au pénal (art. 306, 2e al.). Il convient de préciser que cette dernière disposition n'est applicable que si l'appel a été effectivement interjeté et pas dès que le cas est appelable.

L'action civile qui ne peut faire l'objet d'un appel distinct doit donc être prise en considération lorsqu'elle est intentée conjointement avec une action publique susceptible d'appel, le jugement portant alors sur l'ensemble du litige. Cette question était réglée dans ce sens par l'ancien CPPB ainsi que par la jurisprudence [3] et était aussi admise par la doctrine [4]. A noter cependant que l'appel au pénal du plaignant doit alors porter sur la question de la culpabilité. S'il attaque uniquement la peine prononcée — ce qui est impossible selon l'article 307, chiffre 1 —, la chambre pénale ne pourra pas statuer au fond ni sur l'action publique, ni sur l'action civile qui ne répond pas aux conditions de l'article 306, 1er alinéa CPPB [5].

Le nouveau texte de l'article 306 démontre, d'une part, le caractère *accessoire* et *adhésif* de l'action civile par rapport à l'action publique, lorsque la première ne peut faire l'objet d'un appel distinct (2e al.) [6], mais, d'autre part aussi, que l'action civile devient *totalement indépendante* de l'autre, quand elle répond aux conditions d'appel de la procédure civile (1er al.).

Si le fond est susceptible d'appel, les jugements sur les questions préjudicielles ou incidentes peuvent être attaqués par

[1] Voir article 335, 1er alinéa, CPCB; RJB 55/229.
[2] RJB 49/344; 53/464.
[3] MBR 4/154; RJB 55/229, 278; 65/476; 67/286; 68/433; 71/272.
[4] Zurbrügg, p. 36;-Probst, p. 72; Waiblinger, p. 436.
[5] RJB 71/272.
[6] Probst, p. 72; Waiblinger, p. 436.

le même moyen de recours lorsqu'ils ont terminé l'instance (art. 241, 1er al. CPPB) [1]. Toutefois, le recours doit être déclaré immédiatement après le prononcé du jugement [2].

L'article 307 CPPB précise quelles personnes peuvent appeler. Pami elles figure le plaignant (pénal et civil), qui ne peut toutefois recourir contre la peine (ch. 1).

L'appelant est tenu de préciser l'étendue de son recours, en spécifiant s'il vise le jugement dans son ensemble ou certaines de ses parties seulement (art. 308, 1er al.). Dans le premier cas, l'appel embrasse donc aussi la question civile, même si celle-ci ne peut faire l'objet d'un appel distinct [3]. Si le recours vise une partie du jugement, celle-ci doit être précisée, car s'il ne ressort pas clairement que c'est le point pénal ou le point civil qui est attaqué, la chambre pénale ne pourra pas admettre sans autre qu'il s'agit de l'un ou de l'autre, suivant qu'il est susceptible d'appel ou non. Tandis qu'il n'est pas possible d'étendre la portée de l'appel au jugement entier après le délai légal, lorsque le plaignant l'avait limité à une de ses parties, rien ne s'oppose à ce que le contraire se fasse. Le plaignant pourra donc recourir uniquement sur le point pénal ou le point civil, à la condition toutefois que ce dernier porte sur une valeur litigieuse de 800 fr. au moins.

Lorsque l'appel aura été formulé par le plaignant civil, la partie adverse pourra s'y joindre dans le délai de dix jours (art. 309, 1er al.) [4]. Tout appel tardif sera écarté sans débats et la décision communiquée aux parties (art. 312).

La réforme du jugement au détriment de l'appelant — qu'il ait recouru sur le point pénal ou le point civil — n'est pas possible, réserve faite des dispositions spéciales relatives à l'appel du ministère public (art. 301) et aux frais (art. 319).

---

[1] RJB 46/521.

[2] Les parties absentes observeront un délai de dix jours (art.241, 2e al.; 298 CPPB).

[3] Voir art. 306, 2e al., CPPB et la jurisprudence citée sous note 3, p. 190, en particulier RJB 55/278 et 67/286.

[4] L'article 309 CPPB ne concerne nullement le plaignant civil. Il traite simplement de la répercussion de son appel.

Chaque partie ne plaide qu'une fois pour vider les questions préjudicielles (art. 320, 2e al.); aux débats sur le fond, l'appelant prend toujours la parole le premier. Une extension des prétentions civiles formulées devant le juge de première instance n'est pas possible, lors même que les débats devant la chambre pénale auront apporté la preuve d'un dommage plus grand que celui qui a été admis auparavant [1].

Les frais sont réglés conformément aux articles 260—266 CPPB (art. 325, 1er al.) [2].

Le pourvoi en nullité (art. 327—346)

Quatre dispositions seulement nous paraissent devoir être examinées au sujet de l'action civile: les articles 327, chiffres 4 et 6, 328, chiffre 3, 334 et 337.

Un jugement du juge unique ou du tribunal de district qui n'est point susceptible d'appel peut être attaqué en nullité « lorsque le plaignant a obtenu au civil plus qu'il ne demandait ou autre chose » (art. 327, ch. 4). Ce motif de nullité découle de la maxime des débats et du principe de la procédure civile *ne eat iudex ultra petita partium* [3].

Avec Waiblinger [4], on doit reconnaître que la portée du chiffre 4 est trop restrictive. Il ne prévoit pas, en effet, comme l'article 202 CPCB que « le tribunal ne peut adjuger plus que ce qui est demandé ni autre chose, à moins d'y être autorisé par des dispositions légales particulières ». Nous songeons spécialement à l'article 49, 2e alinéa CO, qui permet au juge de substituer ou d'ajouter à l'allocation d'une indemnité un autre mode de réparation. Si l'on voulait s'en tenir à la lettre de l'article 327, chiffre 4, on devrait donc déclarer qu'un pourvoi en nullité est possible lorsque le juge a appliqué l'article 49, 2e alinéa CO, ce qui ne peut cependant être le cas. Il s'agit donc certainement d'une lacune du législateur que la jurisprudence

---

[1] RJB 68/427.
[2] Voir chapitre y relatif, p. 201 (210 s.).
[3] Waiblinger, p. 472; Holzer, p. 25.
[4] P. 472-473.

comblera en se référant, par analogie, à l'article 202, 1er alinéa CPCB.

Le plaignant obtient *plus* qu'il n'a demandé lorsque le tribunal lui accorde, par jugement, un montant supérieur à celui qu'il a réclamé. Il obtient *autre chose* quand ce qu'il réclame lui est refusé, mais que le juge lui accorde une autre satisfaction [1].

L'interdiction d'allouer plus ou autre chose se rapporte uniquement au montant global accordé et non pas aux différents postes et aux éléments de calcul qui l'ont déterminé. Dans un jugement du 14 mai 1930 en la cause Valéry Strahm [2], la chambre pénale est même allée jusqu'à dire qu'il n'y avait pas lésion du principe *ne eat iudex* dans le cas où le juge, en admettant un montant supérieur à celui prétendu, diminue toutefois celui-ci dans les limites demandées, en tenant compte d'une faute concommitante du plaignant civil. Si ce dernier ne précise pas la nature du « dédommagement en espèces » qu'il fait valoir, il n'est pas accordé autre chose que ce qui était exigé si le juge accorde des dommages-intérêts plutôt qu'une indemnité, et réciproquement.

Le pourvoi en nullité porte, en général, sur le jugement de première instance en entier. Toutefois, si le recours précise que seule la question prévue à l'article 327, chiffre 4 ne donne pas satisfaction, et que les autres parties du jugement ont été tranchées sans infraction aux dispositions légales, la partie civile du jugement sera seule revue, car, dans ce cas, un examen plus étendu serait superflu.

Tandis que les jugements du juge unique et du tribunal de district peuvent être attaqués en nullité conformément à l'article 327, c'est l'article 328 qui fixe les cas où le recours est ouvert contre les arrêts de la cour d'assises ou de la chambre criminelle. Au sujet de ces deux dispositions, le message du Grand Conseil se rapportant à la LiCPS s'exprime comme il suit quant aux modifications apportées aux articles 327, chiffre 6, et 328, chiffre 3:

---

[1] Voir ci-dessus, au sujet de l'article 49, 2e al., CO.

[2] RJB 67/290; voir aussi *Zeitschrift für Unfallkunde*, 1919/92.

L'art. 327, chiffre 6 (pourvoi en nullité) a été simplifié. Son texte actuel: « Lorsque le jugement est en contradiction manifeste avec des principes du droit pénal ou du droit civil » ne permet pas le développement d'une jurisprudence claire et uniforme dans tous les cas semblables. Le pourvoi en nullité est donné conformément à la loi du 15 juin 1934 sur la procédure pénale fédérale. On ne voit dès lors pas pourquoi, en matière de droit pénal cantonal, une disposition analogue ne pourrait être adoptée.

Le nouveau texte de l'art. 328, chiffre 3, évite également une collision avec la procédure pénale fédérale, en faisant intervenir le pourvoi en nullité en cas de fausse application du droit pénal cantonal, non touchée par le pourvoi en nullité prévu dans la procédure pénale fédérale.

L'introduction du CPS a non seulement nécessité une adaptation du CPPB, mais aussi de la LPPF. L'arrêté fédéral du 11 décembre 1941 modifiant à titre provisoire l'organisation judiciaire fédérale restreint dans une certaine mesure le droit de recours des parties au Tribunal fédéral. Nous renvoyons aux pages 25 et suivantes à ce sujet. Nous y avons relevé les graves inconvénients qu'aurait présenté le maintien des dispositions en vigueur depuis que le droit pénal est en majeure partie fédéral [1]. La réforme apportée par l'arrêté précité était donc absolument nécessaire pour que la cour de cassation du Tribunal fédéral ne soit pas débordée. Les parties ne sont d'ailleurs pas lésées dans leurs droits par les nouvelles dispositions. La partie civile, en particulier, peut tout d'abord faire usage du recours en réforme. Quand les conditions sont remplies (art. 56 s., principalement 59 OJF), le pourvoi en nullité cantonal n'est pas recevable (art. 328, ch. 3 CPPB). En revanche, lorsque les conclusions civiles portent sur une valeur litigieuse inférieure à 4000 francs et ne peuvent pas non plus être l'objet d'un recours en réforme en vertu de la procédure civile sans égard à la valeur litigieuse, un pourvoi en nullité quant aux conclusions civiles n'est recevable que si la cour de cassation est saisie en même temps de l'action pénale (art. 271, 2e al. LPPF). Cette restriction tombe si le lésé se pourvoit en nullité pour appli-

---

[1] Bourgnkeckt et Waiblinger: ZSR 82, NF 60, p. 1 *a*-116*a*; 117 *a*-220 *a*.

cation du droit cantonal au lieu du droit fédéral (3e al.). Le 5e alinéa de l'article 271 LPPF exprime la même idée que le chiffre 3 de l'article 328 CPPB, quoique sous une forme différente, lorsqu'il déclare que « la partie qui se pourvoit en nullité ne peut pas former de recours en réforme au Tribunal fédéral ».

Ainsi donc, la partie civile ne dispose plus du recours en réforme et du pourvoi en nullité, mais de l'un ou l'autre de ces moyens. Encore faut-il que certaines conditions soient remplies dans les deux cas (valeur litigieuse, action pénale recevable, etc.). Ces restrictions sont parfaitement compréhensibles. Il ne siérait point que celui qui fait valoir en procédure pénale ses droits à la réparation du dommage causé par une infraction ait des possibilités de recours plus grandes que s'il s'était adressé au juge civil. Le législateur fédéral a en outre voulu éviter que le Tribunal fédéral soit assailli de litiges civils qui ne pourraient ordinairement pas être l'objet de son ressort (procès dont la valeur litigieuse est inférieure à 4.000 fr.). L'autorité des tribunaux cantonaux est ainsi, à juste titre, renforcée.

A présent que le 4e alinéa de l'article 327 CPPB a déjà été discuté, examinons ce que le juge de seconde instance peut revoir en ce qui concerne l'action civile: la fausse application du droit civil, déclarent entre autres les chiffres 6 et 3 des articles 327 et 328 CPPB. Que faut-il entendre par là ?

Dans son arrêt du 24 octobre 1931 en la cause Grogg, la cour de cassation a déclaré que le pourvoi en nullité conformément à l'article 328, chiffre 3 constitue une *revisio in jure* [1]. Considérant toutefois le chiffre 6 de l'article 327 [2] pour établir le but du pourvoi en nullité, elle est allée plus loin et a admis que les jugements arbitraires [3] devaient pouvoir être annulés par une voie de recours cantonal, sans que les parties fussent obligées d'introduire un recours de droit public au Tribunal fédéral.

---

[1] Cf. RJB 69/600, où il est question de cet arrêt.

[2] Il n'était pas applicable en l'occurrence.

[3] La cour de cassation ne voulait admettre la nullité que si le jugement était arbitraire (un peu comme dans le cas de l'article 360, 2e alinéa, CPCB). C'est ce que l'arrêt Riedel (RJB 69/593) n'a pas maintenu. Cf. p. 196.

Cette jurisprudence n'a pas été maintenue et, en 1932 déjà, la portée de l'article 328, chiffre 3 était à nouveau examinée par la cour de cassation dans l'affaire Riedel, du 30 décembre [1]. Dans des considérants extrêmement approfondis et après examen des travaux préparatoires du CPPB, de la doctrine suisse et étrangère, les juges de seconde instance ont admis que seule la *revisio in jure* entrait en ligne de compte, c'est-à-dire la revision des questions de droit uniquement. Les faits ne peuvent être examinés à nouveau. Ils sont tenus pour constants, tels que le juge de première instance les a fixés, car il a, entre autres, pour tâche d'établir les faits délictueux. Lorsque certains éléments sont donnés, ces faits tombent sous le coup de dispositions pénales précises et le premier juge en tire les conséquences prévues par la loi. Dans ces conditions, il est clair que la chambre pénale [2] ou la cour de cassation [3] n'a pas à revoir la phase du procès se rapportant aux faits et aux moyens de preuve, attendu que ceux-ci ne constituent pas une « fausse application du droit pénal ou du droit civil ».

L'ancien article 328, chiffre 3 avait un sens plus large que celui qui est actuellement en vigueur. Il parlait de fausse application « de la loi », alors qu'à présent, le pourvoi est restreint au droit pénal cantonal et au droit civil [4, 5].

La « fausse application » du droit pénal ou du droit civil peut résider dans l'application d'une disposition qui n'a pas le caractère d'une loi pénale ou civile, dans l'application d'une disposition pénale ou civile qui n'est pas celle qui devait l'être dans le cas concret [6] ou dans l'inapplication d'une disposition pénale

---

[1] RJB 69/593.

[2] Dans les cas de l'article 327, chiffre 6, CPPB.

[3] Dans les cas de l'article 328, chiffre 3, CPPB.

[4] Cette restriction existait déjà pour l'article 327, chiffre 6, avant sa modification.

[5] Considérant le sens large de l'ancien article 328, chiffre 3 (fausse application « de la loi »), la cour de cassation avait admis que le pourvoi était aussi possible en ce qui concerne les dispositions de droit matériel du droit constitutionnel et administratif, fédéral et cantonal. Une telle interprétation n'est plus possible actuellement.

[6] Meurtre pour assassinat, vol pour abus de confiance ou escroquerie, viol pour attentat à la pudeur, etc.

ou civile qui devrait l'être, dans l'interprétation inexacte de la loi pénale ou civile, dans l'inapplication d'une peine accessoire obligatoire [1]. En d'autres termes, l'autorité de seconde instance doit voir si la loi a été sainement appliquée aux faits constatés par le premier juge. Son examen est entièrement libre dans cette sphère. Comme il convient au demandeur en nullité de préciser dans quelle mesure et sur quels points le recours doit porter, le pourvoi en nullité sera limité aux questions soulevées.

Si le litige civil ne peut faire l'objet d'un recours en réforme au Tribunal fédéral et que le pourvoi cantonal en nullité est ainsi recevable [2], le juge de seconde instance pourra examiner la corrélation entre l'infraction et le dommage, la question de la faute, que celle-ci incombe uniquement au prévenu ou qu'elle soit concommitante. Bien qu'au premier abord, la valeur litigieuse paraisse être purement une question de faits, elle peut soulever des difficultés d'ordre juridique si le prévenu fait valoir, par exemple, la compensation. Nous estimons, dès lors, qu'elle peut être revue dans les limites des articles 327, chiffre 6, et 328, chiffre 3 CPPB.

L'article 334 CPPB attire spécialement notre attention. Tandis que la chambre pénale et la cour de cassation renvoient généralement la cause pour nouveaux débats à la juridiction inférieure (art. 335 CPPB), tous les cas où il peut y avoir motif à nullité en ce qui concerne l'action civile (art. 327, ch. 4 et 6; 328, ch. 3) sont annulés et vidés par l'autorité de seconde instance elle-même.

Comme pour l'appel, le pourvoi en nullité a un effet suspensif d'office (art. 297, ch. 3 CPPB) [3]. Contrairement à l'appel, il n'a point d'effet dévolutif [4]. L'autorité supérieure rendra en quelque sorte deux jugements dans un seul: un sur le motif en nullité soulevé par les parties, l'autre sur le fond de l'affaire (pénale ou civile) elle-même.

---

[1] Voir Stoos: Commentaire sur l'OJPPM, pages 162-163, dont un extrait est reproduit dans RJB 69/602-603.

[2] Le cas sera alors identique, qu'il s'agisse de l'article 327, chiffre 6, ou 328, chiffre 3, CPPB.

[3] Ce n'est pas le cas pour le pourvoi en nullité du CPCB.

[4] Dans le même sens: Waiblinger, page 481; avis contraire: Krebs II, note *ad* art. 328.

Le principe de la défense de la *non reformatio in peius* consacré pour l'appel par l'article 319 CPPB est aussi applicable quand il y a un motif à nullité (art. 334, 2e al., CPPB).

Les jugements sur les questions préjudicielles ou incidentes [1] qui ne sont pas susceptibles d'appel et terminent l'instance peuvent être attaqués en nullité. Le recours doit être déclaré immédiatement après le prononcé du jugement [2] et le mémoire du pourvoi expédié dans les dix jours (art. 241, 2e et 3e alinéas CPPB).

Quand l'arrêt de la cour d'assises n'est annulé qu'au civil, la chambre ciminelle juge sans le concours des jurés (art. 337), de sorte que l'article 335, 2e alinéa devrait parler du renvoi à une nouvelle cour d'assises « ou chambre criminelle ».

Le relevé du défaut (art. 338—346)

Seul l'article 338 mérite d'être relevé dans ce titre. Il prévoit, entre autres, que le plaignant ne peut se faire relever des suites du défaut qu'en ce qui concerne ses intérêts civils et les frais.

Précisons que le relevé du défaut n'est possible que lorsque celui qui le réclame ou son mandataire n'était pas présent à l'audience où un *jugement* défavorable a été rendu à son encontre. Il ne l'est pas en ce qui concerne les difficultés surgies au cours de la procédure ensuite de l'inobservation de délais légaux ou judiciaires, par exemple.

Outre les motifs cités à l'article 339 CPPB, il faut que le jugement soit défavorable pour que la demande puisse être agréée. Ce sera le cas pour la partie civile lorsqu'elle se réservait de préciser le montant de son dommage conformément à l'article 252, 4e alinéa CPPB, à l'audience où le jugement est intervenu. La décision judiciaire sera aussi défavorable si le plaignant au civil pensait conclure à la condamnation du prévenu aux frais causés par l'examen du litige à l'audience où il était absent et que le jugement les lui mette à charge.

---

[1] Questions qui peuvent se rapporter à l'action ou à la partie civile, ou encore au prévenu contre lequel l'action civile est dirigée.

[2] Pour les parties absentes: dans les dix jours.

Bien que l'article 338 ne parle pas des dépens, nous pensons qu'il y a un jugement défavorable pour le lésé ayant obtenu gain de cause, lorsqu'il doit supporter les dits dépens. Nous admettons donc que le relevé du défaut peut aussi être demandé par le plaignant en ce qui concerne les dépens.

La demande en revision (art. 347—360)

La revision de tout jugement ou arrêt passé en force de chose jugée peut être demandée, entre autres, lorsque des faits ou moyens de preuve inconnus à l'autorité qui a jugé sont découverts et que, seuls ou avec les faits antérieurement acquis, ils sont de nature à modifier la sentence au civil (art. 347, ch. 3). Le droit de demander la revision appartient à toute partie, au plaignant pour ses intérêts civils seulement (art. 349, 1er al.). On peut en déduire que le prévenu peut aussi limiter sa demande en revision à la question civile [1]. La demande en revision est aussi restreinte à la question précitée lorsque le prévenu a été libéré des fins de la prévention qui pesaient sur lui (au pénal) et qu'il n'a été condamné que sur la base des conclusions du plaignant au civil.

Si le condamné est décédé, le droit de demander la revision appartient à ses proches ou à ses héritiers. L'article 349, 2e alinéa ne précise pas ce qu'il faut entendre par « proches » ou « héritiers » [2]. Toutefois, ainsi que le déclare Waiblinger [3], on doit admettre, par analogie, qu'il s'agit des personnes pouvant refuser de témoigner et dont il est question à l'article 141, chiffre 1 CPPB, auquel nous renvoyons.

Les proches du condamné doivent limiter la demande en revision à la question civile lorsqu'ils sont en même temps ses héritiers [4].

---

[1] Waiblinger, page 499.

[2] L'article 231 LPPF dispose que si le prévenu est décédé, la revision peut être demandée par ses alliés en ligne ascendante ou descendante, ses frères et sœurs, ainsi que son conjoint. Selon l'article 110, chiffre 2, CPS, « les proches d'une personne sont le conjoint de cette personne, ses parents en ligne directe, ses frères et sœurs germains, consanguins ou utérins, ses parents et enfants adoptifs ».

[3] P. 499.

[4] Cela ne concerne donc pas le fiancé.

Les héritiers institués (art. 483 CC) aussi bien que les héritiers légaux (art. 547 s. CC) peuvent demander la revision du jugement civil, les uns et les autres étant saisis de l'universalité de la succession (art. 560 CC) [1].

Le premier alinéa de l'article 348 se rapporte uniquement à la demande en revision du jugement pénal. Malgré le décès du condamné — et non du prévenu, comme la disposition précitée le prévoit —, le plaignant au civil peut demander la revision de la partie civile du jugement. Son action sera alors dirigée contre les héritiers légaux ou institués du condamné.

Rien ne s'oppose, en principe, à ce que le ministère public demande la revision de la partie civile d'un jugement ou arrêt. L'article 349, 3e alinéa ne limite pas la demande à l'action publique, ainsi que le fait le 1er alinéa en ce qui concerne le droit du plaignant aux intérêts civils. Toutefois, comme nous l'avons déjà relevé, le procureur d'arrondissement exerce des fonctions qui se confinent à l'action publique, de sorte qu'il n'a aucun intérêt à s'immiscer dans la question civile. Pratiquement, il n'intervient pas sur ce point.

L'exécution des jugements (art. 361—381)

L'exécution des jugements ou arrêts, en ce qui touche les réparations civiles et les dépens, s'opère selon les dispositions du CPCB ou de la LP (art. 369). Le lésé qui est en possession d'un jugement exécutoire — auquel sont assimilés les transactions, acquiescements, compromis ou reconnaissances passés en justice — pourra demander la mainlevée définitive de l'opposition au commandement de payer (art. 80 LP) au moyen de la procédure sommaire prévue aux articles 317 s. CPCB.

L'appel est possible contre les jugements rendus par le juge civil lorsque la valeur litigieuse est de huit cents francs au moins (art. 336, 1er al. CPCB).

Les créances résultant de condamnations à des réparations civiles et aux dépens se prescrivent selon la loi civile (art. 372 CPPB), soit conformément aux articles 127 s. CO [2].

[1] L'action doit être transmissible par succession, cf. p. 70 s.

[2] Voir au sujet de la prescription, le chapitre se rapportant à l'extinction de l'action civile p. 201 (206 s.).

La grâce (art. 382—388)

La grâce accordée au condamné ne peut porter atteinte aux intérêts civils de la partie lésée (art. 386, 3e al., ch. 2). Elle laisse subsister l'infraction et la condamnation; elle dispense seulement de son exécution. Comme elle se rapporte exclusivement à l'acte punissable (art. 382, 2e al.; 386, 1er et 2e al.), les autres parties du jugement se rapportant à l'action civile, aux dépens alloués au plaignant et aux frais de l'Etat sont exécutoires.

§ 12. — EXTINCTION DE L'ACTION CIVILE FRAIS ET DÉPENS

I. *Extinction de l'action civile*

En faisant, à la page 59, un parallèle entre les actions publique et civile, nous avons déjà cité les modes d'extinction de l'action civile. Ce sont la renonciation ou le retrait, le compromis ou la transaction, ainsi que la prescription.

1. *La renonciation d'intenter l'action civile*

L'ancien CPPB contenait une disposition spéciale au sujet de la renonciation du lésé à poursuivre son action et disposait, à l'art. 4, que « la renonciation à l'action civile n'entraîne l'abandon ou la suspension de l'action publique que dans les cas où il n'y a pas lieu à des poursuites d'office ».

C'est avec raison, nous semble-t-il, que Matti [1] qualifiait cet article d'« anomalie juridique ». Bien que la plainte pénale introduite puisse être de minime importance, tandis que l'action civile serait primordiale, on doit admettre que le législateur d'alors avait complètement perdu de vue que l'action publique est la principale et l'action privée l'accessoire. Quoique ce principe soit essentiellement en honneur en droit allemand, il n'en est pas moins admis par le droit bernois et, sans même tenir compte de la solution que les différentes législations peuvent lui donner, il ne fait pas de doute qu'en procédure pénale, c'est, par définition, la question pénale la plus importante [2] et la

[1] P. 129.

[2] Indépendamment de son contenu, de sa portée et du jugement qui interviendra.

question civile n'est que secondaire, même si, en fait, elle est plus grosse de conséquences que l'action publique, tant pour le lésé que le prévenu.

Le législateur de 1928 a redressé cette situation en supprimant purement et simplement l'ancien article 4. Il n'est pas allé aussi loin que son modèle, le CICr, qui prévoit expressément, à son article 4, que « la renonciation à l'action civile ne peut arrêter ni suspendre l'exercice de l'action publique ». Toutefois, en l'état actuel de notre législation, le retrait de l'action civile n'exerce plus aucune répercussion sur l'action publique, que celle-ci soit poursuivie sur plainte ou d'office.

Il convient de faire une distinction entre la renonciation à l'action civile et son retrait, qui n'en est qu'une manifestation. Si tous les deux ont le même but, ils ne peuvent pas intervenir toujours en même temps, ni se manifester de façon identique.

a) Pour qu'un retrait puisse avoir lieu — retrait qui implique nécessairement une renonciation —, il faut forcément que l'action civile ait été ouverte. Même lorsqu'elle ne l'a pas été, mais dès que le fait punissable ayant causé un dommage est perpétré, le lésé peut renoncer à introduire une action civile [1].

b) En règle générale, la renonciation ne doit pas être présumée. Elle doit donc se traduire par une manifestation formelle de la volonté, soit par un retrait de l'action, soit par une déclaration expresse [2].

L'attitude du plaignant au civil peut cependant indiquer qu'il n'attache plus aucun intérêt à l'action intentée. Dans certains cas, on peut en déduire qu'il abandonne ses prétentions, mais cette règle ne saurait être généralisée et il convient d'examiner chaque situation concrète et celle-ci doit démontrer, sans aucun doute, le désintéressement du lésé [3]. La renonciation à des dommages-intérêts n'implique pas nécessairement celle de toutes les prétentions civiles, en particulier l'obtention d'une indemnité [4]. On ne saurait déduire du défaut aux débats du

[1] MBR 14/160; Matti, page 131; dans un sens opposé: MBR 4/130.
[2] MBR 7/311; 8/333; RJB 36/559; 39/81; 56/555.
[3] RJB 61/243.
[4] MBR 4/38.

plaignant au civil qu'il renonce à l'action engagée [1]. Lorsque le lésé ne renonce qu'à intenter son action civile en procédure pénale, qu'il n'adhère donc point à la procédure en cours, on ne se trouve pas en présence d'une renonciation à faire valoir des intérêts civils, car l'article 3, 1er al. CPPB n'oblige pas celui qui subit un dommage causé par un acte punissable à en demander la réparation au juge pénal. L'intéressé peut donc faire valoir ses droits devant la juridiction civile [2]. Le fait de ne pas intenter une action civile jusqu'aux plaidoiries ne peut être, lui non plus, interprété comme une renonciation, car le lésé peut se constituer partie civile jusqu'à la clôture des débats (art. 43, 2e al. CPPB) [3].

Si, lors de sa première audition, le plaignant réclame un dédommagement et qu'aux débats, il ne retient que des conclusions pénales lorsque le juge demande expressément si quelqu'un se constitue partie civile, on peut admettre qu'il y a abandon de l'action privée [4].

Le plaignant qui abandonne en procédure l'action civile qu'il a intentée est considéré comme perdant [5], et le retrait entraîne ainsi pour son auteur le paiement des frais de l'Etat et des dépens des parties, conformément aux articles 260, 3e alinéa, et 263, 1er alinéa CPPB [6, 7, 8].

2. *La transaction*

Le principe anormal posé à l'article 4 de l'ancien CPPB de 1854 a eu pour conséquence l'institution — anormale, elle aussi [9] — de l'article 244 de l'ancien CPPB, ainsi conçu: « Si la partie a transigé avec le prévenu, la procédure sera mise à

---

[1] RJB 39/81.
[2] MBR 6/228; 7/313; 8/134; 14/160.
[3] MBR 6/227; RJB 39/81; 43/273; dans un sens opposé: MBR 6/31.
[4] RJB 46/697; 48/410.
[5] Krauer, page 88; Waiblinger, page 337.
[6] RJB 46/400.
[7] L'article 264 CPPB n'est pas applicable, car il ne se rapporte qu'au retrait de l'action publique.
[8] Voir en outre, au sujet des frais, le chapitre y relatif, p. 201 (210 s).
[9] Matti, page 137.

néant lorsqu'il s'agira de délits qui ne peuvent être poursuivis qu'à la requête de la partie lésée, moyennant par l'une ou l'autre des parties de payer les frais dans la huitaine à partir de la communication de la transaction au juge d'instruction. Dans tous les autres cas, l'affaire sera poursuivie. [1] »

Pour les raisons développées sous 1 au sujet de l'article 4 de l'ancien CPPB, il est inutile de répéter ici les motifs — d'ailleurs les mêmes — qui militaient en faveur de l'abandon de cet article. Le CPPB actuel ne contient donc plus de clause semblable. Malgré l'accord des parties sur la question civile litigieuse, le procès pénal suit à présent son cours, qu'il ait été engagé sur plainte ou d'office.

La transaction doit naturellement porter sur la réclamation civile proprement dite, et non pas seulement sur l'intention des parties de déférer l'action civile à la juridiction civile, ainsi que le prévoit l'article 3, 3e alinéa, chiffre 2 CPPB.

Les frais de l'Etat résultant uniquement de l'examen de la question civile sont à la charge des parties, qui règlent à l'ordinaire cette question dans la transaction. A défaut d'entente, le juge peut proposer une solution, mais non l'imposer, les parties étant souveraines pour établir toutes les modalités de la transaction. Si le désaccord sur les frais subsiste, la transaction ne peut être admise et l'affaire civile doit être poursuivie, car le règlement des frais doit être liquidé par jugement [2].

On pourrait soulever la question de savoir si, dans un tel cas, l'article 203 CPCB serait applicable par analogie. Nous en doutons, car en ce qui concerne l'article 3, 3e alinéa, chiffre 2 CPPB, le législateur a expressément prévu de quelle façon les frais causés par l'action civile doivent être liquidés. S'agirait-il alors d'une omission ? C'est peu probable. Bien qu'une disposition semblable à l'article 203 CPCB serait souhaitable en procédure pénale, nous ne pensons pas qu'en l'occurrence, on puisse sans autre s'en référer au code de procédure civile [3].

---

[1] RJB 47/626; 62/85; Kehrli, p. 56.
[2] Voir en outre, en ce qui concerne les frais, pages 210 s.
[3] P. 212.

3. *La prescription*

L'article 56 CPB renvoyait aux dispositions renfermées dans l'ancien CPPB (art. 6, 544 s.) en ce qui concernait la prescription de l'action publique. L'article 549 se rapportait uniquement à l'action civile, et déclarait que les condamnations civiles « se prescriront d'après les règles établies par les lois civiles ».

Le CPPB du 20 mai 1928 développait les questions de la prescription de la peine, du délai des prescriptions de celle-ci, de la prescription des condamnations civiles et des dépens, du début et de l'interruption de la prescription des peines, aux articles 370 à 373. Les articles 371 et 373 ont été abrogés par l'article 70 LiCPS. La prescription de l'action pénale et de la peine est actuellement régie par les articles 70—75 CPS. Comme elle a un caractère essentiellement pénal — elle ne relève nullement de la procédure pénale —, il était indiqué de la faire figurer dans une loi de droit pénal matériel et non pas de procédure pénale, indépendamment du fait que le droit pénal est à présent presque exclusivement du ressort de la législation fédérale et qu'il serait presque inutile de traiter la prescription en droit cantonal [1].

Le CPPB ne contient aucune disposition sur la prescription de l'action civile et celle concernant la prescription des condamnations civiles et des dépens n'a pas été modifiée. L'article 372 déclare que « les créances résultant de condamnations à des réparations civiles et aux dépens se prescrivent selon la loi civile ». Il pourrait donc paraître superflu de citer, ainsi que nous l'avons fait, les articles se rapportant à la prescription de l'action pénale et de la peine, mais bien que celle-ci soit différente de la prescription de l'action civile et de la condamnation civile, toutes les deux n'en doivent pas moins être prises en

[1] Il est vrai que les cantons peuvent légiférer en matière de contravention de police (art. 335 CPS, 6-23 LiCPS, autres contraventions prévues dans différents lois, décrets, ordonnances cantonaux), mais il eût été absurde de prévoir pour celles-ci des principes différents de ceux qui ont été admis pour les délits réprimés par la législation fédérale. C'est pourquoi le législateur bernois a sagement agi en prévoyant à l'article 1er LiCPS que les dispositions générales du CPS — et l'article 73 en est une — s'appliquent par analogie aux faits déclarés punissables par le droit cantonal (réserve faite des prescriptions particulières).

considération, ainsi que cela ressort de l'article 60, 2e alinéa CO. Toutefois, avant d'aborder cette question, il ne nous paraît pas sans intérêt de comparer le système admis par le CPPB d'une part, et le CICr d'autre part.

Il ressort de l'article 372 CPPB que le législateur bernois a adopté *le principe de l'indépendance de la prescription pénale par rapport à la prescription civile.* Le droit français, au contraire, admet que la prescription des actions pénale et civile est la même (art. 638 CICr) [1]. Il étend encore cette assimilation en proclamant que la prescription pénale s'applique aussi à la prescription civile, non seulement lorsque l'action civile est portée accessoirement devant les tribunaux répressifs, mais encore quand elle est intentée séparément, et comme action principale devant les tribunaux civils [2].

En droit bernois, la prescription de l'action publique et de la peine, d'une part, et la prescription de l'action civile et de la condamnation civile, d'autre part, sont donc nettement différentes tant par leur durée que par les dispositions qui les régissent [3, 4].

Nous traiterons tout d'abord la prescription de l'action civile avant l'extinction de l'action publique, puis son extinction. Nous examinerons ensuite la prescription des condamnations civiles et des dépens.

A. Prescription de l'action civile.

a) *Prescription de l'action civile avant l'extinction de l'action publique.*

Les actions de droit civil se prescrivent par dix ans, sauf dispositions contraires (art. 127 CO). De telles dispositions

---

[1] Garraud, page 701; voir en outre p. 49 du présent travail.
[2] Id., page 702.
[3] RJB 64/322 (jugement rendu avant l'abrogation de l'article 7 CPPB).
[4] Prescription de l'action pénale: article 70 s. CPS; 1 LiCPS;
prescription de la peine: article 73 s. CPS; 1 LiCPS;
prescription de l'action civile: articles 127 s., 60, 2e al., CO;
prescription des condamnations civiles: article 372 CPPB;
interruption des condamnations civiles: article 134 s. CO.

existent précisément pour les obligations résultant d'actes illicites. L'article 60, 1er alinéa CO dispose que l'action en dommages-intérêts ou en paiement d'une somme d'argent à titre de réparation morale se prescrit par un an. L'article 60, 2e alinéa CO tient spécialement compte de la prescription des actions où « des dommages-intérêts dérivent d'un acte punissable soumis par les lois pénales à une prescription de plus longue durée ». Lorsque c'est le cas, « cette prescription s'applique à l'action civile ». Ainsi donc, quand la corrélation entre le dommage et l'infraction est établie, l'action civile bénéficie automatiquement de la prescription plus longue de l'action publique.

La prescription commence à courir à partir du jour où la partie lésée a eu connaissance du dommage ainsi que de la personne qui en est l'auteur et, dans tous les cas, dans les dix ans dès le jour où le fait dommageable s'est produit (art. 60, 1er al. CO). Son point de départ ne coïncide donc pas nécessairement avec celui de l'action pénale (art. 71 CPS).

Il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 60, 2e alinéa, si une décision prononçant l'acquittement ou l'abandon de l'action pénale a constaté que l'acte n'est pas punissable [1].

La prescription sera interrompue lorsque le lésé se sera constitué plaignant au procès pénal pour faire valoir ses droits (art. 135, ch. 2 CO). Le jugement ne modifie en rien son point de départ. Il ne constitue que la reconnaissance par le juge d'une prétention qui existait déjà. La procédure provoque uniquement une interruption de la prescription et cette dernière recommence à courir. Son nouveau délai est alors de dix ans (art. 137, 2e al. CO).

La prescription interrompue contre un des débiteurs l'est également contre tous les autres (art. 136, 1er al. CO).

En droit français, l'indivisibilité des deux prescriptions conduit à cette conséquence que toute cause qui interrompt ou suspend la prescription de l'action civile ou de l'action pénale interrompt ou suspend la prescription de l'autre, mais que, à l'inverse, un fait ne peut être interruptif ou suspensif de l'une

[1] ATF 44 II 176; 45 II 322. Selon ATF 55 II 23, le non-lieu n'empêche pas l'application de l'article 60, 2e alinéa CO.

de ces prescriptions sans être interruptif ou suspensif de l'autre [1]. Le jugement publié dans RJB 48/103 adopte cette manière de voir en ce qui concerne le droit bernois. Nous serions plutôt d'un avis opposé, si l'on songe que l'élément d'indivisibilité fait défaut dans notre législation et qu'autant la durée que les dispositions légales de la prescription des actions pénale et civile sont différentes.

L'ancienne jurisprudence selon laquelle la partie civile ne peut exercer une influence quelconque sur la prescription pénale [2] ou qu'elle ne peut appeler contre un jugement prononçant la prescription de l'action publique [3] ne saurait plus être prise en considération, puisque la partie civile est actuellement plaignante au procès et, par conséquent, partie dans toute l'acception du terme.

L'effet de la prescription de l'action civile est d'opposer une fin de non-recevoir absolue contre l'action [4]. Toute renonciation anticipée à celle-ci est nulle (art. 141 CO). Elle n'est toutefois pas d'ordre public, en ce sens que le juge ne peut suppléer d'office le moyen en résultant (art. 142 CO) [5].

b) *Prescription de l'action civile après l'extinction de l'action publique*

Quelle solution le juge devra-t-il adopter si la prescription absolue est intervenue pour l'action pénale, tandis que ce n'est pas le cas pour l'action civile, qui a été régulièrement interrompue ?

L'article 259, 2e alinéa CPPB résoud ce problème puisque, « en cas d'abandon de l'action publique, le plaignant conserve le droit de faire valoir sa réclamation devant le juge civil ».

Si l'application de cette disposition paraît aisée et convenir spécialement au juge pénal, la partie civile et le prévenu, qui se verront dans l'obligation de soumettre leur litige à la juridic-

[1] Garraud, pages 705-706.
[2] RJB 47/43.
[3] RJB 35/157; 41/103.
[4] Garraud, page 707.
[5] C'est le contraire en droit français: cf. Garraud, page 707. Voir aussi l'article 2223 CCFr.

tion civile, ne recommenceront pas sans appréhension un second procès, qui représente pour eux une nouvelle perte d'argent et de temps. Les chambres pénales se sont rendu compte de ces difficultés et, vu l'importance de la question, ont décidé, lors d'une séance plénière [1], que malgré la non-entrée en matière du juge ou du tribunal sur l'action publique, ensuite de prescription, l'action civile doit, en revanche, être examinée lorsqu'elle est en état d'être jugée. Si elle n'est pas encore élucidée et que l'apport des preuves allongerait démesurément la procédure, il conviendrait alors, mais dans ce cas seulement, de renvoyer le plaignant devant la juridiction civile.

C'est en tenant compte de la volonté du législateur d'éviter autant que possible au lésé son renvoi devant le juge civil que les chambres pénales sont arrivées à cette solution. Nous ne pouvons qu'approuver cette heureuse innovation, qui respecte tant l'esprit de la loi que les intérêts bien compris des parties.

B. Prescription des condamnations civiles et des dépens.

L'article 372 CPPB dispose que les créances résultant de condamnations à des réparations civiles et aux dépens se prescrivent selon la loi civile. La prescription se justifie du fait que si le lésé n'entreprend aucune démarche pour recouvrer ce qui lui est dû, son inaction prolongée emporte la présomption de l'abandon de son droit. Comme la créance a été reconnue par un jugement pénal, le délai de prescription est de dix ans (art. 137 2e al. CO). Elle commence à courir le jour où la décision qui prononce la condamnation civile est devenue irrévocable.

La prescription de l'action pénale ou de la peine conformément aux articles 70—75 CPS n'influe en aucune façon celle de la condamnation civile pour les raisons développées à la page 208 en ce qui concerne la prescription de l'action civile, raisons valables ici par analogie.

---

[1] Le jugement n'étant pas publié, nous ne pouvons y renvoyer. Nous tirons ces renseignements de Witz (RJB 72/313-314).

II. Frais et dépens

Le plaignant au civil — ainsi que les autres parties — peut être condamné aux frais occasionnés à l'Etat, lorsque sa requête tendant à récuser le président du tribunal ou un juge du tribunal de district est rejetée et qu'il a agi de mauvaise foi ou commis une négligence grave (art. 35,6e al. CPPB). Il en sera de même lorsqu'il aura pris à partie le juge ou le greffier d'une juridiction pénale de première instance et qu'il succombe, à moins que des circonstances particulières ne justifient de faire supporter les frais par l'Etat (art. 64, 3e al. CPPB).

Bien qu'en cas de non-lieu, les frais de la procédure d'instruction soient généralement à la charge de l'Etat, le plaignant pourra y être condamné s'il a agi de mauvaise foi ou par légèreté (art. 200). Il supporte en outre ses propres frais (art. 201).

Une ordonnance de non-lieu peut être attaquée par le plaignant au moyen d'un recours à la chambre d'accusation, lorsque des frais causés par l'instruction ou des indemnités sont mis à sa charge (art. 188 CPPB).

Le plaignant qui requiert l'apport de preuves n'intéressant que la question civile est tenu de faire l'avance des frais, et le juge en fixe le montant (art. 231, 3e al. CPPB). Une telle avance n'est donc pas exigée lorsque la preuve concerne tant la question pénale que civile. Toutefois, si le juge admet que l'apport de cette preuve n'est pas ou plus nécessaire pour élucider l'infraction, il pourra tout de même — et devra, parfois — demander que cette preuve lui soit fournie pour les besoins de l'action civile, et exiger ainsi l'avance des frais. Comme le relève Waiblinger [1] de façon pertinente, on pourrait se demander si le prévenu ne pourrait pas être soumis à la même obligation que le plaignant au civil, si la réquisition de preuves n'intéresse que l'action civile intentée contre lui. Malgré l'absence d'une disposition formelle à ce sujet, nous tranchons nettement cette question par l'affirmative [2].

---

[1] P. 336.
[2] P. 181.

L'article 252, 4e alinéa dispose que le plaignant est tenu de spécifier ses réclamations dans un état ou une déclaration au procès-verbal [1]. Par « réclamations », il faut évidemment entendre la réparation du dommage causé par l'acte punissable, mais nous ne pensons pas que les frais et dépens en soient exclus. A première vue, on pourrait toutefois opiner pour le contraire, si l'on s'en réfère à l'article 266, selon lequel « les parties sont tenues de verser au dossier un état spécifié des dépens qu'elles réclament ». On devrait alors admettre que le plaignant doit fournir deux états: un qui concernerait uniquement les « réclamations » (dans lesquelles les dépens ne seraient pas compris), l'autre qui ne viserait que les dépens. Tel n'est cependant pas le cas. L'article 252, 4e alinéa ne se rapporte qu'au plaignant, tandis que l'article 266 concerne les parties. On ne saurait exiger du plaignant qu'il dépose deux états; il peut faire valoir toutes ses prétentions (réparation du dommage, frais, dépens) dans un seul. Celui-ci — qu'il s'agisse de l'état dont il est question à l'article 252 ou de celui prévu à l'article 266 — doit être remis au juge avant la clôture des débats, car les frais sont réglés dans le jugement au fond (art. 266, 2e al.).

Les articles 260 à 266 sont certainement les dispositions essentielles se rapportant aux frais. Ils règlent cette question eu égard au jugement au fond (art. 266) rendu par le président du tribunal ou le tribunal de district.

1. *Frais de l'Etat en cas de poursuite d'office* (art. 260)

Ces frais ne concernent pas le plaignant au civil, car ils résultent, en principe, de l'action pénale [2]. S'il a été statué sur une action civile en même temps que sur une action publique poursuivie d'office, « les frais causés uniquement par le jugement de l'action civile sont à la charge de la partie qui succombe dans cette action » (art. 260, 3e al.). C'est le cas pour le prévenu, lorsque les prétentions du plaignant au civil ont été admises. Il en est de même lorsque le juge pénal adjuge l'action civile en

[1] Au sujet des conséquences de l'abstention de la remise de cet état, voir p. 145 s.

[2] RJB 49/585; 55/230.

principe et renvoie les parties devant le juge civil pour régler le montant de la réparation due (art. 3, 3e al., ch. 3, CPPB). Si, dans ce nouveau procès, le plaignant est partiellement ou totalement débouté, le juge civil pourra tenir compte du fait que le prévenu a été condamné aux frais causés par l'action civile au cours du procès pénal — parce qu'il devait être vraisemblablement perdant — et il condamnera le plaignant aux frais du procès civil, ainsi qu'à la restitution des frais payés par le prévenu au procès pénal [1].

Le plaignant est la « partie qui succombe », lorsque sa demande est rejetée ou qu'il n'est pas statué sur elle [2]. Il en est de même quand il retire son action au cours des débats [3]. Quand les parties conviennent de déférer au juge civil l'action civile portée devant la juridiction répressive (art. 3, 3e al., ch. 2 CPPB), le retrait n'est opérant que si l'une des parties a payé, après évaluation par le juge, les frais de procédure causés par l'action civile. Il ne suffit pas de reconnaître, soit par convention, soit même par jugement, qu'une telle somme est due à l'Etat pour les frais occasionnés par l'examen de l'action privée. Le paiement doit être opéré avant que le juge puisse renvoyer les parties devant la juridiction civile. C'est aux parties — et non au juge — qu'il incombe, dans ce cas, de décider qui paiera. A défaut d'entente, le juge pénal ne peut se dessaisir de l'action en faveur du juge civil.

Si une transaction est passée sur la question civile litigieuse, les parties feront bien de prévoir en même temps le règlement des frais. Pour le cas où cette dernière question ne serait pas touchée, le juge peut proposer une solution, qui sera, la plupart du temps, le partage des frais par moitié. Nous doutons que les parties acceptent la solution proposée par Waiblinger [4], qui déclare que le juge mettra les frais à la charge de la partie qui

---

[1] Même avis: Waiblinger, p. 377; opinion contraire: Krauer, p. 90.

[2] Matti, p. 125; Krauer, p. 89; Waiblinger, p. 377.

[3] Waiblinger, p. 377; Krauer, p. 88; RJB 46/400 (ce jugement peut être cité ici, bien qu'il se rapporte à une infraction poursuivie sur plainte).

[4] P. 377.

aurait vraisemblablement succombé s'il avait été statué. Si, théoriquement, cette opinion est fondée, il sera peut-être difficile au juge — suivant l'état de la procédure au moment de la transaction — d'apprécier quelle partie obtiendrait gain de cause. D'autre part, si les parties sont d'accord sur le principe d'un compromis (qui n'est pas encore passé) et que le juge propose à l'une d'elles de supporter tout ou partie des frais, elle sera peut-être encline à renoncer à une liquidation amiable. La meilleure solution est incontestablement l'accord des intéressés et le juge doit tout entreprendre pour y parvenir. Toutefois, même si cela est, l'autorité répressive n'est pas liée par la décision des parties, car l'Etat pourrait être lésé si, par exemple, le prévenu qui accepte de payer la totalité des frais est insolvable ou a été mis au bénéfice de l'assistance judiciaire.

Dans les cas où l'action civile n'a été adjugée que partiellement, les frais doivent être partagés équitablement entre le plaignant et le prévenu, dans la mesure où l'une des parties est gagnante et l'autre perdante. Toutefois, si les prétentions n'ont pas été accordées intégralement et si le juge les a légèrement réduites, le plaignant — dont l'action est adjugée en principe — ne saurait être partiellement débouté et condamné, de ce fait, à une partie des frais. On doit faire le même raisonnement lorsque le demandeur n'articule aucun chiffre précis, qu'il laisse le montant réclamé à l'appréciation du juge ou s'en réfère, par exemple, aux conclusions d'un rapport d'expertise [1].

La partie gagnante peut être condamnée à tout ou partie des frais causés par des longueurs inutiles ou si elle n'obtient, à peu de chose près, que ce que lui avait offert la partie adverse dans une transaction qui a été refusée [2].

2. *Frais de l'Etat en cas de poursuite sur plainte* (art. 261)

Il faut distinguer plusieurs cas:

a) Si le prévenu est condamné (au pénal), les frais de l'Etat sont à sa charge, conformément à l'article 260, 1er alinéa. Une

[1] Waiblinger, p. 377.

[2] Id., p. 377; Leuch, *ad* articles 58 et 59 CPCB; voir articles 58 et 59 CPCB.

condamnation pénale n'entraîne cependant pas nécessairement la condamnation civile. Les frais engendrés par l'examen de l'action privée seront réglés selon l'art. 260, 3e alinéa.

b) Si le prévenu est acquitté et si des conclusions civiles n'ont pas été retenues contre lui — il n'y aura donc pas de plaignant au civil —, les frais ne pourront évidemment incomber à une partie inexistante en procédure. Si, en revanche, une action civile a été ouverte, les frais en dérivant seront à la charge de la partie qui succombe, en application de l'article 260, 3e alinéa. Les autres frais de l'Etat causés par l'action publique ne concernent pas le plaignant au civil.

c) S'il n'est pas donné suite à l'affaire (art. 256, 2e al.), le plaignant au civil n'aura pas de frais à supporter, puisque le jugement de l'action civile dépendait du jugement de l'action publique. L'examen de l'action pénale étant donc abandonné, la partie civile fera valoir sa réclamation devant la juridiction civile (art. 259, 2e al.), un jugement sur l'action civile n'ayant pu intervenir en procédure pénale [1].

d) En cas de non-entrée en matière sur l'action civile, de transaction, de retrait de l'action, etc., les frais doivent être réglés de façon identique à celle qui est prévue sous 1 [2].

3. *Des dépens* (art. 263)

Le plaignant qui obtient gain de cause peut réclamer ses dépens au prévenu. S'il succombe, les frais de défense du prévenu — lorsqu'il en réclame — sont généralement à sa charge. Il ressort clairement de l'article 263 que les dépens ne peuvent être adjugés que lorsqu'ils sont réclamés. Pour la question civile, cela est d'autant plus évident qu'elle est régie par la maxime des débats, et la doctrine [3] aussi bien que la jurispru-

---

[1] Voir toutefois p. 205 s. S'il y a abandon de la poursuite ensuite de prescription de l'action publique seulement, l'action civile doit être, suivant les circonstances, examinée. Dans ce cas, c'est l'article 260, 3e alinéa, CPPB qui fait règle pour les frais.

[2] P. 211 s.

[3] Kehrli, p. 102; Waiblinger, p. 381.

dence [1] concordent sur ce point. Le dépôt d'un état des dépens, conformément à l'article 266 CPPB, n'est pas suffisant [2].

Les frais supportés par la partie civile sont aussi désignés par « frais d'intervention », étant donné que le plaignant au civil « intervient » dans la procédure pénale. Cette appellation est parfois employée pour le prévenu qui résiste à l'action civile. Dans ce cas, elle ne prête pas seulement à confusion, mais elle est juridiquement inexacte, car le prévenu ne joue pas le rôle d'un intervenant [3].

Pour fixer les dépens réclamés par une partie, le juge doit tenir compte du jugement qu'il prononce et séparer parfois nettement les questions pénale et civile.

a) Si le prévenu est condamné pénalement et civilement, il pourra être astreint au paiement de tous les dépens du plaignant (au pénal ou au civil);

b) Si le prévenu est condamné pénalement, mais ne succombe pas à l'action civile, le plaignant au civil ne paiera que les dépens du prévenu résultant de l'examen de l'action privée [4];

c) Si le prévenu est acquitté et succombe à l'action civile, il paiera la totalité des dépens du plaignant au civil;

d) Si le prévenu est acquitté et ne succombe pas à l'action civile, le cas est réglé comme sous *b*).

Malgré l'article 50, 1er al. CO, la disposition de l'article 263, 2e alinéa était nécessaire, car elle se rapporte à des prétentions issues de la procédure, et non pas du droit matériel.

Les dépens peuvent être compensés ou mis proportionnellement à la charge de l'une ou de l'autre des parties en cas d'adjudication partielle de l'action civile ou lorsque les frais sont augmentés par des longueurs inutiles (art. 263, 3e al.). Cette disposition est heureuse et découle du principe établi à l'article 263,

---

[1] RJB 41/430.
[2] RJB 41/430; Waiblinger, p. 381; opinion contraire: Kehrli, p. 106.
[3] Kehrli, p. 9.
[4] RJB 56/329.

1er alinéa, selon lequel le plaignant qui succombe supporte, « en général », les frais de défense du prévenu. Elle permet au juge d'apprécier tous les éléments de la cause et de ne condamner la partie perdante que dans les cas où cela n'est pas seulement justifié d'après le jugement (condamnation ou libération, par exemple), mais d'après les circonstances (longueurs inutiles, etc.) et selon l'équité [1].

Si le juge pénal admet le principe des dommages-intérêts réclamés par la partie civile en renvoyant celle-ci devant le juge civil pour en fixer le montant (art. 3, 3e al., ch. 3, CPPB), il y a lieu de condamner le prévenu aux frais d'intervention de la partie civile [2].

Dans un jugement du 9 novembre 1921 [3], la chambre pénale a admis que le lésé, subrogé légalement par la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents, peut être indemnisé de ses frais d'intervention, bien qu'il n'ait plus eu qualité pour être partie au procès.

L'article 264 ne traite que des frais en cas de retrait de la plainte pénale. Si l'action civile est retirée en même temps, le plaignant au civil ne paiera que les frais et dépens résultant de l'action civile [4].

Les frais sont réglés dans le jugement au fond et la sentence s'y rapportant, ainsi que leur liquidation, suivent le sort du fond (art. 266, 2e al.).

Le jugement sur les frais est susceptible d'appel, lorsque le jugement au fond (soit pénal [5], soit civil [6]) l'est aussi. L'appel ne dépend donc pas du montant des frais alloués ou auxquels une partie est condamnée, mais uniquement des conditions d'appel des actions pénale ou civile.

---

[1] RJB 68/439.

[2] RJB 54/284; voir pour le surplus, les conséquences du renvoi en ce qui concerne les frais à p. 211 s. Le même raisonnement est à faire pour les dépens.

[3] RJB 58/342.

[4] Voir p. 212 et note 3).

[5] RJB 55/230; 67/592.

[6] RJB 44/633.

Lors des opérations préliminaires aux débats devant la cour d'assises, le juge met le défenseur et le plaignant en mesure de compulser le dossier et de requérir l'apport de preuves (art. 268, 5e al.). L'article 231 CPPB étant applicable par analogie, on peut dire que le plaignant et le prévenu [1] peuvent être tenus de faire l'avance des frais pour l'apport des preuves n'intéressant que la question civile.

L'article 293, précise, sous chiffre 7, que l'objet du délibéré de la cour d'assises doit porter sur les frais. A cet effet, les articles 260 à 266 sont applicables (art. 294). Il en sera de même pour ceux découlant de la procédure devant la chambre criminelle (art. 295).

En appel, les parties qui n'auront pas requis un complément de preuves dans le délai imparti peuvent être condamnées, entre autres, aux frais causés à l'Etat ou à la partie adverse ensuite du retard provoqué (art. 316). Pour le surplus, les articles 260—266 font règle (art. 325, al. 1).

En outre, en ce qui concerne l'appel, le pourvoi en nullité, le relevé du défaut, la demande en revision, nous renvoyons simplement, quant aux frais de la partie civile ou de l'action civile, aux articles 325, 2e et 3e alinéas, 336, 343, 344, 354 et 355 CPPB.

---

[1] Au sujet de celui-ci, voir ce qui est exposé à p. 210.

III. CONCLUSIONS

§ 13. — CRITIQUE DU PRINCIPE DE L'INSTITUTION DE L'ACTION CIVILE

Bien que nous ne nous soyons assigné que l'étude de l'action civile en procédure pénale bernoise, il nous paraît intéressant de développer brièvement les constatations que nous avons faites au sujet de l'action civile en général et d'exposer les raisons qui militent en faveur de son acceptation ou de son refus en procédure pénale. Nous n'avons pas la prétention de les relever toutes, mais pensons examiner les principales. Nous procéderons ensuite à une critique de l'action civile telle qu'elle est développée dans le CPPB et aborderons enfin une réforme de principe de l'action civile en procédure pénale, qui pourrait être envisagée pour l'avenir.

I. Raisons qui militent en faveur de l'acceptation de l'action civile en procédure pénale

1. L'argument essentiel est certainement que l'action publique et l'action privée ont leur source dans le même fait: l'infraction. Or, il serait anormal d'avoir recours à deux procédures différentes pour statuer sur ces actions, alors qu'elles tendent, en outre, au même but: la réparation du dommage causé par l'infraction. Dans l'évolution du droit, on aurait fort bien pu ne pas ranger l'action résultant de la lésion pénale dans le droit civil, car il ne faut pas perdre de vue que si elle est qualifiée d'action privée » ou « civile », elle n'en est pas moins directement issue du délit. Certains auteurs lui attribuent un caractère criminel. Même si l'on ne partageait pas cette dernière opinion, on ne saurait méconnaître la nature particulière de l'action civile. La corrélation directe du dommage avec l'infraction associe intimement les actions civile et publique en résultant.

Il est dès lors logique et normal que les deux actions soient prises en considération dans la même procédure.

2. La société est plus intéressée à la réparation civile du dommage causé par une infraction qu'à une simple action en dommages-intérêts. Mais, outre ce sentiment populaire, l'équité et l'intérêt public exigent un règlement de toutes les traces du délit. Ils se sentiraient lésés si la réparation civile ne pouvait avoir lieu en même temps que la réparation pénale, qui se traduit par une peine. D'ailleurs, le citoyen a le droit d'exiger de l'Etat une protection complète de tous ses intérêts lésés.

3. C'est dans son ensemble que le juge doit examiner les conséquences issues de l'infraction. Un jugement équitable, tenant compte de toutes les circonstances de la cause, ne pourra intervenir que si l'on donne à l'autorité qui statue les moyens de se déterminer tant sur l'action publique que civile, car on ne saurait nier la corrélation existant entre celles-ci et la réaction de la peine sur la réparation et de la réparation sur la peine.

4. La peine et la réparation du dommage étant étroitement liées et le juge pénal devant forcément se prononcer sur la première question, nul mieux que lui ne sera à même de statuer sur la réparation à accorder.

5. Il résulte ce qui suit des considérations qui précèdent: Une appréciation différente des moyens de preuve et du cas en général sera évitée si une seule autorité statue sur l'affaire, car si deux autorités judiciaires jugent chacune une action dérivant du même fait, elles pourront, tout en se fondant sur les mêmes règles, arriver à des résultats différents. Le jugement d'une seule autorité contribuera à une bonne administration de la justice et renforcera la lutte contre la criminalité.

6. Les preuves qui servent à établir l'infraction sont souvent les mêmes que celles qui permettent de déterminer le montant des dommages-intérêts. Il paraît donc tout naturel de saisir la même autorité pour l'action civile et l'action pénale.

7. L'action civile complète le but qui est dévolu au droit pénal et à la procédure pénale: la réparation totale de l'infraction.

8. Malgré l'article 53 CO et bien que le CPPB ne renferme pas une disposition identique à l'article 3, 2e alinéa CICr prévoyant que l'exercice de l'action civile intentée devant la juridiction civile est suspendu tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique, le juge civil agit, en principe, conformément à la clause précitée (« le criminel tient le civil en état »). Un retard est alors inévitable, tandis que si le juge pénal statue aussi sur l'action civile, un jugement sur les deux actions sera rendu plus promptement.

9. Le lésé comme le prévenu auront un avantage à terminer leur litige dans une seule et même procédure. Leurs frais et ceux de l'Etat seront ainsi moins élevés.

10. L'Etat et le lésé pourront unir leurs efforts pour l'établissement des preuves et aboutir plus aisément à la démonstration de la faute du prévenu et à sa condamnation.

11. La procédure civile est plus formaliste et compliquée que la procédure pénale. Si les droits des parties au procès civil ne sont pas confiés à un mandataire professionnel, le lésé pourra plus facilement échouer dans son action — uniquement pour des raisons de procédure — que s'il l'avait intentée devant l'autorité répressive.

12. Pour le juge pénal, le travail sera plus varié s'il peut statuer en application du droit civil et pénal [1, 2].

13. Enfin, notons une considération d'ordre historique: l'action civile a précédé l'action publique et la mise en mouvement de cette dernière dépendait entièrement de la partie lésée [3].

II. Raisons qui militent en faveur du rejet de l'action civile en procédure pénale

1. La principale objection que l'on peut soulever contre l'admission de l'action civile en procédure pénale est la nature

[1] Ce motif est tout à fait secondaire.

[2] Il n'a pas grande valeur en droit bernois, du moins pour le président du tribunal et le tribunal de district, qui sont des autorités civiles et pénales.

[3] P. 28; 29-30; Schöncke, p. 146.

différente des actions civile et pénale. Cette différence incite à dire qu'il convient d'utiliser pour chaque action la procédure qui lui est propre.

En principe, ce raisonnement est parfaitement soutenable et c'est d'ailleurs ce qui a conduit le législateur allemand à repousser l'action civile en procédure pénale. Nous objectons à celui-ci les raisons exposées sous I, chiffre 1, en relevant essentiellement qu'il s'agit d'une action civile de nature particulière, dérivant d'une infraction et qu'il faut ainsi distinguer entre cette action et l'action en dommages-intérêts ordinaire. La prétention civile présente un aspect public qui ne peut être négligé.

2. Le prévenu est lésé du fait qu'il peut avoir deux adversaires ou même trois: le ministère public et le plaignant au pénal pour l'action publique et le plaignant au civil pour l'action civile.

A première vue, cette opinion paraît aussi justifiée, mais même si plusieurs personnes conjuguent leurs efforts, elles ne pourront rassembler d'autres faits à la charge du prévenu que si une seule s'en chargeait. S'il est vrai que la partie civile se cantonnera à démontrer le préjudice subi par le fait de l'infraction, le prévenu a avantage à résister à l'action civile dans le procès pénal, plutôt que d'en soutenir un nouveau qui causera une perte de temps, une nouvelle étude de l'affaire et de nouveaux frais.

3. La procédure pénale est allongée par la procédure civile.

Cela est possible, encore que les cas pratiques soient rares. Mais, ainsi qu'il est dit plus haut (I, ch. 8), le juge civil attendra qu'une solution ait été donnée au procès pénal. Il ne statuera donc fort probablement pas sur l'action civile avant le juge pénal qui aurait tranché les deux actions dans un même jugement. Or, bien que le lésé puisse avoir une certaine satisfaction par la condamnation pénale du prévenu, il est, dans la plupart des cas, plus sensible au règlement rapide de ses intérêts personnels, soit à la réparation du dommage qu'on lui a causé. L'argument soulevé tend donc, pratiquement, à des fins contraires à ce qu'il voulait défendre. D'ailleurs, l'article 3, 3e alinéa,

chiffre 3 CPPB permet, par sa souplesse, de réduire à néant la présente objection.

4. Le lésé peut être témoin en procédure pénale.

Remarquons que ce principe est abandonné par le CPPB (art. 134, al. 4; 136). Même si tel n'était pas le cas, le libre pouvoir d'appréciation du juge permettrait d'évaluer à leur juste valeur les déclarations du lésé. D'ailleurs, la partie civile ne serait pas témoin pour l'action civile, mais pour l'action publique, qui n'est pas celle qu'elle a intentée. Mais il y a plus ! Si les deux actions sont portées devant deux juridictions différentes, le lésé pourra être appelé comme témoin au procès pénal, alors qu'en l'état actuel de notre législation, il ne le peut s'il s'est constitué plaignant (au pénal ou au civil) au procès pénal.

5. La procédure pénale exige la « vérité matérielle », tandis que la procédure civile se contente de la « vérité formelle » [1].

Cette différence — en tant qu'elle est possible en droit bernois — ne peut être un motif de refus de l'action civile en procédure pénale. La maxime officielle régit actuellement l'action pénale et la maxime des débats l'action civile. Aucune collision n'est possible.

6. Les formes sont différentes pour statuer sur l'action pénale et sur l'action civile.

Certes, cela est le cas lorsque les actions sont examinées par deux juridictions différentes (pénale et civile). Toutefois, lorsque l'action civile est confiée au juge pénal, elle est traitée conformément aux règles de la procédure pénale, sauf sur les points où cela est incompatible avec sa nature. Cette exception ne constitue toutefois pas une entrave à l'application saine et normale de la procédure pénale.

7. Les juristes allemands déclarent que les mauvaises expériences faites dans les Etats allemands qui connaissaient l'action civile en procédure pénale avant l'élaboration du CPP allemand de 1877 ne militent pas en faveur de son rétablissement.

---

[1] Schöncke, p. 152.

Selon Schöncke [1] et les auteurs qu'il cite, cela proviendrait apparemment du défaut de dispositions précises concernant l'action civile, défaut dû au maintien de la procédure inquisitoire en procédure pénale, qui ne permettait pas au lésé de faire valoir tous ses moyens. Il se pourrait aussi que les complications résultant de la preuve en ce qui concerne l'action civile (différence énorme entre les principes de la procédure civile et pénale) eussent joué un rôle. Ces objections ne peuvent plus être prises en considération à présent, même en Allemagne, étant donné l'évolution du droit.

8. Le nombre des plaintes augmenterait si l'on pouvait exercer une action civile en procédure pénale [2].

Dans le cas particulier, on doit rechercher la valeur du principe, et non pas ses effets. Peu importe si l'Etat est sollicité plus fréquemment qu'auparavant. D'ailleurs, même si une recrudescence des plaintes pénales devait être constatée du fait de l'acceptation de l'action civile en procédure pénale, il serait juste, malgré tout, que les auteurs d'infractions comparussent devant la justice pour y répondre de leurs actes.

9. Nous ne nous attarderons pas à chercher le bien-fondé de certaines objections soulevées par Feder [3] contre l'acceptation de l'action civile en procédure pénale, tant elles nous paraissent ridicules. Ses arguments sont les suivants: le juge pénal n'a pas une pratique suffisante du droit civil pour statuer sur l'action civile; l'activité des avocats sera réduite du fait qu'il y aura moins de procès (civils) qu'auparavant; le grand nombre d'étudiants dans les facultés de droit pourrait devenir un problème angoissant, étant donné la diminution du nombre des magistrats de l'ordre judiciaire que pourrait susciter l'introduction de l'action adhésive.

Si nous n'avons tenu qu'à réfuter les arguments cités sous II, c'est parce que nous sommes partisan convaincu de l'acceptation de l'action civile en procédure pénale. Les avantages

---

[1] P. 149.
[2] Feder, p. 72.
[3] P. 72-74.

incontestables signalés sous I démontrent d'emblée que les objections qu'on peut leur opposer — si justifiées soient-elles ou puissent-elles paraître — ne sont pas en mesure d'ébranler sérieusement les mérites de cette institution. Sans vouloir faire appel au développement historique des actions pénale et civile [1], on peut dire que le principe actuel de l'action « adhésive », tel qu'il ressort en particulier du droit bernois et du droit français, est tout à l'honneur de ceux qui l'ont conçu et qu'il marque un progrès réjouissant dans l'évolution du droit.

III. Critique de l'action civile en procédure pénale bernoise [2]

1. *Principes estimés judicieux*

Le CPPB de 1928 a incontestablement amélioré la position de la partie civile dans la procédure pénale par rapport à son devancier de 1854. Les articles 43, 1er alinéa, chiffre 2, et 29 lui confèrent le rang de plaignant et partie au procès. De ce fait, ils lui accordent toutes les prérogatives réservées jusqu'alors au plaignant pénal. On peut affirmer que le lésé bénéficie des mêmes garanties, quant aux règles de procédure, que s'il intentait son action devant le juge civil, et l'extension des prérogatives de la partie qui subit un dommage constitue certainement une des plus heureuses innovations du code [3].

L'admission du plaignant au civil lors de l'instruction — dans une mesure limitée, il est vrai — a été une amélioration recommandable qui permet au juge d'être plus rapidement en possession de tous les éléments du procès (pénal et civil), sans que l'intérêt supérieur de la poursuite pénale soit lésé [4].

---

[1] Ch. I, nº 13 à p. 221 et pages auxquelles nous renvoyons.

[2] Nous nous contenterons de ne soulever que les questions qui nous paraissent les plus importantes et nous permettrons, pour éviter des répétitions inutiles, de renvoyer aux pages qui traitent les points soulevés, où l'on trouvera les raisons qui nous incitent à soutenir notre opinion.

[3] P. 62 s.

[4] P. 170.

Les articles 134, 4e alinéa et 136 ont mis fin, d'une façon satisfaisante, à l'ancienne controverse des juristes sur la question de savoir si le plaignant peut être témoin au procès [1].

Nous admettons le principe exposé à l'article 39 LiCPS, selon lequel une action civile ne peut être ouverte contre un mineur de moins de dix-huit ans révolus [2].

Les articles 219, 4e alinéa, et 227, 3e alinéa, démontrent le souci manifesté par le législateur de ne pas entraver l'exercice de l'action civile en déclarant le mandat de répression et la procédure orale interdits dans les cas où le lésé entend faire valoir des prétentions civiles [3].

L'article 259, 2e alinéa, peut paraître téméraire puisque, contrairement au principe posé à l'article 3 CPPB, il prévoit que, même en cas d'acquittement du prévenu, le juge statue sur l'action civile. Le législateur a marqué, dans ce cas, un sens pratique digne d'être relevé et approuvé [4].

Les améliorations apportées à l'article 306 par la LiCPS sont heureuses et par la nette différenciation de l'appel distinct de celui qui ne l'est pas, beaucoup de difficultés sont évitées [5].

La disposition de l'article 337 (annulation d'un arrêt de la cour d'assises au civil liquidé par la chambre criminelle) est absolument justifiée et permet une réduction des frais [6].

Enfin, le maintien de la prescription des condamnations civiles selon les principes du droit civil permet à l'action privée d'être traitée d'après les règles inhérentes à sa nature et démontre, en même temps, que l'application du droit civil est compatible avec celle du droit pénal [7].

2. *Améliorations et réformes souhaitables ; lacunes à combler*

N'étant pas partisan du « renvoi *ad separatum* », nous serions enclin à proposer la suppression de l'article 3, 3e alinéa,

---

[1] P. 171.
[2] P. 110-111.
[3] P. 174 s.; 178 s.
[4] P. 95 s; en cas de prescription de l'action pénale, voir p. 208.
[5] P. 187 s.
[6] P. 198.
[7] P. 205 s.

chiffres 2 et 3, pour les motifs exposés aux pages 156 s. et 160 s. En revanche, l'article 240, qui est une répétition du principe établi à l'article 238, pourrait être supprimé en tant que disposition indépendante et son contenu figurer parmi les cas d'exception cités à l'article 3, 3e alinéa [1].

Comme nous l'avons démontré aux pages 61 et suivantes, le mot de « plaignant » prête à confusion dans de nombreux cas, car on ne sait si le code entend parler du plaignant au pénal ou du plaignant au civil, dont les droits sont nécessairement parfois différents, puisque les buts recherchés par les intéressés ne sont pas identiques. Bien que Moro-Giafferi prétende que l'obscurité des lois est un hommage discret rendu par le législateur à la clairvoyance des juges, il n'y a pas de doute que nous aurions tout avantage à comprendre rapidement, et sans confusion possible, à quelle partie nous avons affaire en l'occurrence. Selon nous, un autre terme ou, du moins, une précision s'impose. Revenons peut-être, pour le lésé, à l'ancienne appellation de « partie civile », ou alors, parlons du « plaignant au pénal » et du « plaignant au civil », ou encore du « plaignant pénal » ou « plaignant civil » pour distinguer les deux intéressés.

Pour les raisons développées aux pages 104 et suivantes, nous sommes d'avis que l'action civile peut être intentée contre la personne civilement responsable. Une disposition formelle devrait consacrer ce principe, comme c'est le cas en droit français et comme l'admettait expressément le CPPB de 1854.

Une adjonction s'imposerait à l'article 231, 3e alinéa en vue de préciser que non seulement le plaignant, mais encore le prévenu devraient faire l'avance des frais lorsque ce dernier requiert l'apport de preuves n'intéressant que la question civile [2].

A l'article 251, qui traite de l'extension des poursuites pénales, il y aurait lieu d'ajouter un alinéa selon lequel une modification de l'action civile est possible dans le sens d'une réduction ou d'une augmentation [3].

---

[1] P. 182.
[2] P. 181; 210.
[3] P. 183 s.

Une disposition expresse devrait prévoir la restitution d'office des effets volés ou séquestrés au propriétaire lésé, ainsi que le prévoyait l'article 365 de l'ancien CPPB [1].

L'article 327, chiffre 4 devrait être complété dans le sens de l'article 202 CPCB [2].

On devrait ajouter aux articles traitant des frais une disposition identique à l'article 203 CPCB pour le cas où le litige issu de l'action civile devient sans objet.

Pour être plus précis, l'article 335, 2e alinéa devrait parler du renvoi à une nouvelle cour d'assises « ou chambre criminelle », afin de tenir compte des arrêts qui ne sont annulés qu'au civil (art. 337 CPPB) [3].

IV. De lege ferenda

Ainsi que nous l'avons démontré dans les chiffres précédents du présent chapitre (I, II *in fine*, III, ch. 1), l'institution de l'action civile en procédure bernoise, telle qu'elle est actuellement conçue, est viable. Il ne s'agit nullement d'un appareil boiteux et les propositions d'amélioration que nous avons formulées sous III, ch. 2 n'amoindrissent en rien la valeur du système en vigueur. La jonction et l'interpénétration de deux actions différentes donnent forcément lieu à des difficultés d'application, et il faut se féliciter de la façon dont le législateur les a surmontées. Tout en nous ralliant au régime actuel, nous nous permettons de laisser à la méditation du lecteur les suggestions suivantes qui pourraient peut-être contribuer à l'évolution naturelle de l'action civile en procédure pénale dans le droit futur.

Nous avons vu, au premier chapitre [4], que l'on pouvait ranger les Etats dans différentes classes, suivant la mesure dans laquelle ils donnent au lésé la possibilité de faire valoir ses prétentions civiles en procédure pénale. Ce qui frappe particulière-

---

[1] P. 129 s.
[2] P. 192-193.
[3] P. 198.
[4] P. 21 s.

ment, c'est de voir que le Mexique [1] ait adopté un système des plus progressistes et ignoré de toutes les autres législations: La réparation du dommage causé par l'infraction est considérée comme faisant partie intégrante de la peine. De ce fait, il incombe au ministère public d'exiger tant une peine pour le délit pénal que des dommages-intérêts pour la lésion civile. Le lésé, ainsi légalement subrogé, si l'on peut dire, ne peut participer au procès en qualité de partie.

Si l'on compare cette conception — parfaitement soutenable — à celle qui est admise par le droit bernois et le droit français, par exemple, on ne manquera pas de constater combien elle est plus progressiste. Son acceptation dans notre législation ne serait, pensons-nous, pas recommandable, du moins pour le moment, car elle se heurterait par trop à un état d'esprit qui n'est pas acquis à une théorie juridique aussi avancée. Nous en retenons toutefois ce que nous avons du reste relevé sous I, ch. 2: c'est que le lésé a le droit d'exiger de l'Etat la réparation totale (pénale et civile) de l'infraction. Cet argument, avec celui que nous invoquerons sous peu, nous paraît essentiel. Quand on remarque dans quelle mesure l'Etat légifère actuellement [2] sur des questions tout à fait secondaires, qu'il s'ingère [3] de plus en plus dans les sphères d'activité réservées jusqu'alors à l'initiative du citoyen, restreignant ainsi ses droits, on peut se demander si l'Etat, au lieu d'empiéter dans le domaine privé et d'effriter les droits des particuliers, ne devrait pas faire des actes positifs, par exemple en se substituant à l'individu et en prenant la défense de ses intérêts lorsqu'ils sont lésés. Le cas de l'action civile semble parfaitement bien convenir à l'application de ce que nous disons ci-dessus et l'Etat serait ainsi en mesure de compenser les multiples atteintes qu'il porte au domaine privé. Encore faut-il savoir jusqu'à quel point cette nouvelle intervention [4] de l'Etat devrait s'opérer. Nous en par-

[1] P. 22.

[2] En temps de paix déjà et surtout depuis le conflit international actuel.

[3] A tort ou à raison.

[4] Désirable pour les uns — dont nous sommes —, indésirable pour d'autres.

lerons après avoir examiné la seconde raison qui nous incite précisément à réclamer cette immixtion.

Ainsi qu'il est dit sous I, en particulier aux chiffres 1 à 3, 5 *in fine* et 7, le dommage dont le lésé demande réparation au moyen de l'action civile est intimement lié à l'infraction qui donne naissance à l'action publique. Dès lors, on peut se demander pourquoi l'Etat ne se préoccupe que du facteur pénal de l'infraction et qu'il abandonne totalement à l'initiative du lésé le facteur civil résultant de cette même infraction. La lutte contre la criminalité aurait tout à gagner si la réparation intégrale de toutes les traces du délit était exigée d'office par la même juridiction, tout en laissant au lésé la faculté — étant donné la nature de son action — de demander une réparation équitable.

La législation mexicaine privant le lésé des droits de partie dans le procès tendant à la réparation du dommage qu'il a subi et la législation bernoise se bornant à lui laisser l'initiative de se constituer plaignant au civil sans que l'Etat tienne toutefois compte du caractère spécial de son action, issue pourtant de l'infraction qu'il se charge de réprimer d'office [1], nous en arrivons à construire une théorie intermédiaire, qui serait susceptible de rallier la majorité des opinions:

Dans un procès pénal, l'Etat se charge d'office des intérêts du lésé, sans que celui-ci doive, au préalable, se constituer plaignant au civil. Dès que le juge d'instruction est saisi du cas [2] et en tant qu'il y ait un dommage, il en informe celui qui l'a subi. Afin de tenir compte du caractère mixte (pénal et civil) du litige, le juge impartit au lésé un délai péremptoire pour qu'il déclare se constituer plaignant au civil. Le fait-il, le juge en prend acte et le plaignant au civil pourra procéder selon les règles actuellement en vigueur. En revanche, si l'intéressé ne réagit pas, le juge en déduira d'office qu'il renonce à demander en procédure pénale la réparation du dommage qu'il a subi et toute réponse tardive devra être écartée. Le lésé aura cependant toute latitude pour faire valoir ses droits devant la juridiction civile.

[1] Exception faite des délits poursuivis sur plainte.
[2] Par les organes de la police ou sur plainte.

La réforme suggérée porte uniquement sur le principe que l'Etat aurait l'obligation de se saisir d'office de l'action civile. Le correctif de ce critère — qui pourrait paraître trop rigoureux — résiderait dans le fait que le lésé aurait la faculté de manifester la volonté de ne pas donner suite aux obligations de l'Etat, qui en serait ainsi dégagé. Ce système présenterait, entre autres, l'avantage que, peu après le début de la procédure, on connaîtrait déjà toutes les parties au procès, ce qui n'est pas le cas à présent, puisque le lésé peut se constituer plaignant jusqu'à la clôture des débats de 1re instance. Le lésé aurait aussi le sentiment que l'Etat, qui exige tant de lui, le seconde utilement et joue pleinement son rôle de protecteur lorsque ceux qui enfreignent la loi lui causent un préjudice dans ses intérêts personnels.

L'avenir nous dira si nos vues étaient justes et réalisables et si cette esquisse était sur la voie que le droit, en perpétuelle évolution, s'est tracé.

Juillet/décembre 1942.